本书导读

刑事诉讼法（以下简称刑诉法）在司法考试中并不算太难，但是其中很多细的规定以及众多的法条和司法解释也令许多考生十分头疼。为了使广大考生能够在有限的时间里掌握刑事诉讼法的精髓，从而能在司法考试中取得一个理想的成绩，万国学校在2008年隆重推出由备受学员欢迎的汪海燕老师编写的《刑事诉讼法课堂笔记》，并且同时推出由韩友谊老师编写的《刑法课堂笔记》。两本课堂笔记堪称刑事法律的姊妹篇，是万国学校2008年回馈给广大考生的一份厚礼。

一、《刑事诉讼法课堂笔记》编写体例

本书整体是按照刑诉法的章节顺序来编写，主体内容尽量保持汪海燕老师讲课的主体风格，即诘问式，这样既有利于考生记忆，又增加阅读的趣味性，使考生读到文字就有身临其境的感觉。同时，为了弥补讲课时间短、任务重的不足和方便考生查阅法条，在具体章节里面，附有与该节内容相关的法条和司法解释，并且做到与讲课中的重点内容相呼应，便于考生复习和记忆。在本书的最后，附有2007年司法考试刑诉法部分的真题及详细的答案解析并附带评论，使得考生通过真题与课堂笔记的对照，把握出题的角度和方向。

二、《刑事诉讼法课堂笔记》的亮点

本书的亮点主要就在于汪海燕老师的讲课内容上，他能够深入浅出地将刑诉法那些具体制度背后的原理娓娓道来，让人有醍醐灌顶的感觉，很轻松地就记住了那些看似没有任何联系的烦琐的知识点。同时该书中有丰富的案例，让人读起来没有一点枯燥的感觉。并且汪老师擅长对这些案例进行举一反三的讲解，使得考生明白原来刑诉法考试万变不离其宗。备受考生推崇的汪老师的讲课特色——诘问式，也是本书不同于其他书籍的一大亮点，那么多的问题，不断启迪考生去思考，在问题、思考、解答，再问题、再思考、再解答的过程中，考生会惊喜地发现，自己以前很多模糊的地方都变清晰了，原来刑诉法学起来并不难！

三、《刑事诉讼法课堂笔记》的市场定位

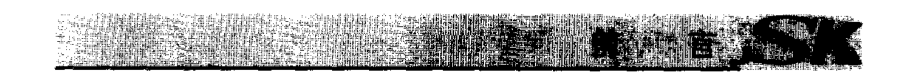
北京万国学校创建了五阶段培训模式，其中最核心的阶段即“系统强化阶段”。本阶段的任务是根据大纲所涵盖的知识点系统全面地学习，同时去掉非考点内容，强调考点。本书是汪老师在系统强化阶段授课内容并结合其他阶段内容后加以再丰富而形成，是多年授课的精华荟集。目前市面上还没有特别好的和特别有针对性的诉讼法辅导类图书，而就司法考试而言，诉讼法是不应也不能丢分的学科。司考名师 + 精华内容 = 畅

销。因此，我们有理由相信该课堂笔记将成为广大考生在刑诉法复习方面的必备资料，一定会为考生顺利通过司法考试助一臂之力！

本书得以出版，要感谢万国学校法律研究中心老师们的认可和支持，还要感谢知识产权出版社汤腊冬、彭小华编辑的大力支持，在此，对他们表示深深的感谢！

编　者

2008 年 3 月 15 日



前　言

在讲具体的内容之前，我先给大家讲一下备考刑事诉讼法，大家要注意哪几点。

首先要明确的一点，是刑事诉讼法在整个司法考试中所处的地位，即刑事诉讼法的分值，所占的比重。从近三年的情况看，随着程序法在我国社会主义法制建设中的重要性的提升，它的分值，最多达到70多分，最少是50多分。总分600分，刑诉法占50多分或70多分，所以总的来看，刑事诉讼法占的分值是九分之一到十分之一。一个部门法，它的分值占到九分之一、十分之一，那么有几个部门法能做到呢？第一个是民商、刑法，然后就排到了刑诉，刑诉与民诉基本上是等齐的。大家要明白我的话中之义，就是希望大家要重视刑事诉讼法，而且这个程序法在所有的科目当中得分是较容易的，这一点一定要明确。

希望大家好好思考一下，从今天开始，到司法考试那天，在这几个月当中我们该如何安排对刑事诉讼法内容的复习？第一，要重视刑事诉讼法。第二，对刑事诉讼法的复习要有计划性，当然这个计划性由于每个人的具体情况不一样，不可能是千篇一律的，我主张对刑事诉讼法的复习可以分为三个阶段。

第一个是基础阶段。这个阶段如果你现在开始准备的话，不要急着做题，而要先看书。尤其是对于那些基础知识掌握得不是太好的同学非常重要，在这个阶段，要查漏补缺，哪些知识点我不懂？哪些不是经常接触的？所以基础知识比较薄弱的同学一定要注意，一定要看书，不要一上来就做题，这是没有必要的。

第二个是法条阶段。当然这个必须是建立在第一个阶段的基础之上，法条加做题。刑事诉讼法的法条非常的多，刑事诉讼法典那么多条，而最高法解释300多条，最高检的规则400多条，还有很多小的解释。我要求大家看4个法条：第一个，刑事诉讼法典225条。第二个，六机关、六部委的48条。就是最高法、最高检、公安部、安全部、司法部还有全国人大法工委，这六个机关一起对刑诉法作了一个解释即48条。这48条非常重要，在一定程度上来说，它的重要性超过了刑事诉讼法的法条。因为它有的修正了刑事诉讼法，换句话说明确了刑事诉讼法中一些模糊的东西。所以大家要知道，这个48条非常重要。我举个非常简单的例子，比如刑事诉讼法讲补充侦查，补充侦查有三个地方提到：一个是关于审查批准逮捕，一个是关于审查起诉，一个是关于审判。而这个六部委48条当中的第27条，明确提到，审查批准逮捕的时候，要不要补充侦查？不需要。所以补充侦查就两种情况：一个是审查起诉，一个是审判。还有最高法的司法解释当中讲了，查明当事人是否到庭，由哪个查明？书记员。但是六机关、六部委是怎么规定的？是由审判长来查明的。所以像这些有出入的地方，这个48条所起的作用就非常的明显。第三个，最高法解释。最高法解释就是《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》。最高法解释一定要看，为什么？因为按照我们学术界的观点，狭义上的诉讼指的是哪些呢？是审判阶段。另外一个，审判直接关系到被告人的利益，被告人的权

利最集中的体现阶段也是审判阶段。所以我们的一些命题，它的兴趣点与审判阶段紧密相连。第四个就是最高检规则。最高检规则很多，一共是468条，400多条都要你记，如果你是检察人员还好一点，因为什么？因为他们接触的比较多。如果你不是检察系统的，即使你每次都背的话也背不熟。尤其是到最后一个阶段，每个东西都要看，每个部门法都要看，所以我建议，在前面，第二个阶段，可以看最高检规则。到第三个阶段，冲刺阶段，这一部分的法条可以舍弃。但是有一个前提，就是上课我叫你记的法条，你要记下来。所以大家注意了，第二个阶段是重点法条阶段，刑事诉讼法以4个法律规范为主，一些非常小的解释就不用看了。有些司法解释没有解释出来，但是上课的时候我要求大家记下来的，大家在上课的时候可以随时地把它消化掉。例如一些小的法条，关于附带民事诉讼中的若干规定，还不到10条，像这个上课的时候我要把它一句话带出来。在第二个阶段，看法条的同时也要做题，做什么题呢？你要做什么题，这个我不管，但是我希望大家真题一定要做，而且我一再地强调，真题要求做三遍以上。这个时候有的同学说了，说三遍以上是我今天晚上连续做三遍，是不是这样？不是这个意思。每一遍做要有每一遍的效果，要达到这个效果。第一遍做，要检查自己到底是一个什么样的水平？然后把自己不懂的地方，哪些是模糊的，哪些是做错的，把它标下来。把那些自己肯定会知道的知识点删掉。第二遍，是强化。过了一个月之后，再做一下真题，前面的东西，我做对了，到了这个地方还是错的，强化。第三遍就是在冲刺阶段，检测自己复习的效果，检测一下前面这些错的，或者是模糊的，或者是非常重要的这些知识点掌握得怎样。这就是第二个阶段，法条加知识点。至于如何在市面上选题去做，我的建议是什么呢？一个是它有非常标准的答案，有比较详细的解释，把法条给找出来了。还有一个，它必须有老师讲解，或者至少有疑问，它会给你认真负责地答疑。我建议大家，除了这两种题，其他的就不用做了。因为现在市场上的题目太多了，你自己做错或者是做对的自己都不知道，反而受它的误导。与其做这样的题，还不如不做。所以大家注意了，第二个阶段，就是法条加做题。

第三个阶段就是冲刺阶段。至于冲刺阶段，具体的东西我不好讲，因为这个阶段是非常关键的一个阶段，大家的水平是差不多的，过与没过就差那么几分。这个阶段非常重要，我有个观点叫舍弃。那么什么叫舍弃呢？一个是，最后一个月的时间不要浪费在那些不重要的部门法上，把绝大部分的时间要放在像刑事诉讼法这样重要的部门法上。还有一个，尽管刑事诉讼法很必要，但是不是面面俱到？面面俱到15天都复习不完，那么这就需要大家在第一个阶段和第二个阶段打好基础。对于重点要明晰，冲刺阶段就复习这个重点。另外看法条，有一些不必要的法条，就不要看了。有些人讲，要是考到了呢？是考到了，你不可能说每个部门法你想考100分或90分，如果按照百分比计算，100分你拿个70分、80分就可以了。但是你一定要把这70分、80分拿到手。不要贪多，每一个点要熟悉、搞透。什么意思？我相信有一些考生也参加过司法考试，这个题目你见过没有？那些知识点你见过没有？都见过，但是一做，这个问题就拿不准了，又忘了。与其模模糊糊，不如弄一点是一点。

以上，我把自己的一些心得，和大家交流一下，希望能给大家一些启发。

目　　录

第一编　总　　则

第二编　立案、侦查和提起公诉

第三编　审　　判

第四编　执　　行

第一编
总　则

第一章 刑事诉讼法的概述

第一节 刑事诉讼法的概念

一、刑事诉讼的概念

对于刑事诉讼的概念，大家了解一下。刑事诉讼就是在国家专门机关的主持下，在当事人和其他诉讼人的参加下，依照法定的程序，追究被告人刑事责任的问题。在我们国家有三大诉讼：刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼。这三大诉讼的区别主要是它们解决纠纷的性质不同。民事诉讼是解决平等主体之间的人身关系、财产关系，而行政诉讼，是解决行政机关及其工作人员具体行政行为的合法性问题。而刑事诉讼，解决的是被追诉人的刑事责任的问题。理解了基本概念以后，大家需要注意的是，刑事附带民事诉讼中的附带民事诉讼，它从本质上来看是刑事诉讼还是民事诉讼？是民事诉讼。因为附带民事诉讼解决的是物质损害赔偿问题。

二、刑事诉讼法的概念与渊源

（一）狭义的刑事诉讼法

狭义的刑事诉讼法指的是刑事诉讼法典。我们国家的刑事诉讼法典是哪年制定的呢？是1979年还是1996年？1979年制定，1996年修改，所以，狭义的刑事诉讼法典指的仍然是1979年法典。在这个地方我再提一下，现在刑事诉讼法又面临着修改，但是这次修改的直接影响不是太大。因为它是10月份以后，所以大家注意了，虽然它的直接影响不大，但是还是会有一些间接的影响。

（二）广义的刑事诉讼法

广义的刑事诉讼法也很好理解，广义的、规范的刑事诉讼活动的法律法规称为广义的刑事诉讼法。这个广义的刑事诉讼法和刑事诉讼法的法律渊源基本上是相对应的。

（三）刑事诉讼法的法律渊源

1. 宪法

宪法作为国家的根本大法，是其他一切法律的依据，同样也是刑事诉讼法制定的依据。宪法对刑事诉讼法的制定起着指导的作用，那么宪法当中有没有直接的条文来规定我们的刑事诉讼活动呢？宪法当中规定，任何人未经人民检察院批准，或者是人民法院准许不被逮捕。这是宪法规定的，这是不是刑事诉讼相关的内容？是。宪法当中讲了，人民检察院是法律监督机关，既然宪法这样规定了，那么检察机关对刑事诉讼监督不监督？当然监督了。宪法规定了，三机关分工负责，相互配合，相互制约，在刑事诉讼法当中有没有这个条文？也有。所以大家知道，宪法是刑事诉讼法的渊源。

2. 有关的法律、法规

哪些有关的法律法规呢？刑法。刑法我们把它称之为实体法，刑事诉讼法称为程序

法。那么，刑法是不是刑事诉讼法的法律渊源呢？刑法有没有规范刑事诉讼活动的条款？刑法当中规定，死刑立即执行的案件，应当报最高人民法院核准，而死刑立即执行的案件，报最高人民法院核准这是一个程序问题还是实体问题？程序问题。还有刑法当中规定了追诉时效，追诉时效有几个？5 年、10 年，15 年，20 年，超过最长追诉时效的，必须要经哪个批准？最高检察院。追诉时效是一个实体问题还是一个程序问题？程序问题。所以刑法当中也有调整刑事诉讼活动的法条，刑法是刑事诉讼法的法律渊源之一。其他的就不需要举例了。像新出台的律师法，大家要加强重视，其中涉及的律师的调查取证权、阅卷权、会见不被监听都与刑事诉讼法有关，那么律师法是不是刑事诉讼法的法律渊源呢？当然是。包括人民法院组织法、人民检察院组织法都与刑事诉讼有关，都是刑事诉讼法的法律渊源。

3. 有关的解释

有关的解释包括两个部分，一个是司法解释。在我们国家，有权进行司法解释的机关有几个？两个：一个是最高法，一个是最高检。我们国家的司法机关有几个？两个：一个是法院，一个是检察院。像公安机关是典型的行政机关，司法局也是典型的行政机关。那么最高法的解释、最高检的解释都是刑事诉讼法的渊源，而且最高法和最高检只能就什么问题进行司法解释？法律的适用问题。那么这个是司法解释。还有其他的，虽然不能成为完全意义上的司法解释，但是对刑事诉讼活动也有非常重要的作用。举个例子，六机关、六部委的 48 条，从严格意义上来讲，它不是司法解释。因为它是全国人大规定的，有公安部，有安全部，有司法部门。但是这个解释非常的重要。

4. 有关的行政法规规定

我们知道，行政法规是哪个机关制定？国务院。像国务院制定的派出所条例、法律援助条例，对刑事诉讼活动有没有具体的作用？当然有了。行政法规像公安部制定了关于刑事诉讼法的规定，这个当然是了。这个了解一下就可以了。地方性立法，像省人大、省人大常委会制定的，这个就不多讲了。

5. 有关的国际条约和国际公约

国际条约或者国际公约如果要想成为我们国家刑事诉讼法的法律渊源，它必须有一个前提，这个前提是什么？这个条约、公约必须要对我国生效。但是否我们国家已经加入了某个国际条约，这个国际条约所有的条款都可以成为刑事诉讼法的法律渊源？不是，保留条款例外。

三、刑事诉讼法与刑法的关系

刑事诉讼法与刑法的关系，作为重点。我们知道刑事诉讼法是程序法，它针对的是程序性。刑法是实体法，它针对的是实体性。我举个非常简单的例子。刑法规定的是什么内容呢？罪与罚。这个行为有没有构成犯罪、构成了什么犯罪、应当给予什么样的刑罚，这是刑法规定的内容。那什么是刑事诉讼法呢？这个行为它有没有构成罪，有没有达到立案的要求，由哪个机关去立案，立案之后由哪个机关去侦查，这个机关怎么去侦查，侦查然后交给哪个机关去审查起诉，这个机关怎么样审查起诉，审查起诉之后又由哪个机关去审判，审查之后有怎样的程序，判决生效之后由哪个机关去执行，这些是刑

事诉讼法规定的内容。所以讲，一个是程序，一个是实体。那么，大家注意了，刑事诉讼法的第一个目的，是为了保障刑法的正确实施。什么行为构成抢劫罪？这是刑法中涉及的内容，但是这个抢劫罪是由哪个去侦查，哪个去审查，哪个去执行。这就是刑事诉讼法的内容，它正体现了刑事诉讼法的工具性。刑事诉讼法是保障刑法实施的工具，所谓的工具就是保障刑法正确地得到实施。这是第一个。第二个，刑事诉讼法的独立性，就是不依赖于保障实体。那么什么叫独立价值呢？我举一个非常简单的例子大家就知道了。按照我们国家刑事诉讼法的规定，公检法机关，它在诉讼当中必须要依照法律程序，严禁刑讯逼供，严禁以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。如果以非法手段取得的证据，怎么办呢？我举一个非常简单的例子，公安机关对一个犯罪嫌疑人张某进行了刑讯，张某最后承认了，这个东西是我偷的。在这种情况下，通过刑讯得到了张某的供述，供述是真的，的确是他做的，那么请问大家，这个供述能不能作为起诉的依据？能不能作为立案的依据？不能。很显然，在这个时候，刑事诉讼法是不是为了保障实体得到具体的实施？它是有利于案件还是不利于案件？不利于。虽然是客观的，但是由于程序违法，不采纳。我再举一个例子，我们国家规定了审判公开制度，这有四种例外情况，我们到后面讲，除了四种特殊的情况，这个案件的审判要公开。如果一审应当公开而没有公开，在二审的时候发现了这种情况，属于程序严重违法，可能影响案件公正审判，这个时候怎么办？应当发回重审还是可以发回重审？应当发回重审。这个时候发回重审，是不是说一审判错了，才发回重审；一审判对了？就不发回重审了；不是这样的，一定要发回重审，一审程序无效。所以我们看出来，这个时候刑事诉讼法在追求什么东西？显然它有自己内在的体制，那么这些内在的体制有哪些？控制权力，防止公权力滥用，保障人权等。还有一个，要审判公开，与案件有利害关系的，应当回避，这个是为什么？增强裁判的说服力。所以，刑事诉讼法具有双重的价值，第一个价值是工具价值，是要保护实体这一部分的东西。第二个是独立价值。当然，在司法实践当中，尤其是以前，都是重实体，轻程序。

第二节　刑事诉讼法的目的与任务

《中华人民共和国刑事诉讼法》[1]

第一条　为了保证刑法的正确实施，惩罚犯罪，保护人民，保障国家安全和社会公共安全，维护社会主义社会秩序，根据宪法，制定本法。

第二条　中华人民共和国刑事诉讼法的任务，是保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究，教育公民自觉遵守法律，

[1] 以下简称《刑事诉讼法》。1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过，根据1996年3月17日第八届全国人民代表大会第四次会议《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》修正，1996年3月17日中华人民共和国主席令第64号公布，自1997年1月1日起施行。

积极同犯罪行为作斗争，以维护社会主义法制，保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利，保障社会主义建设事业的顺利进行。

刑事诉讼法的目的与任务就是刑事诉讼法第一条和第二条规定的内容，这个不要背。

第三节 刑事诉讼的基本理念

一、惩罚犯罪与保障人权

（一）惩罚犯罪与保障人权的关系

对于惩罚犯罪与保障人权二者的关系，请问大家，是以惩罚犯罪为主，还是以保障人权为主？还是二者要并重呢？司法实践当中，是重惩罚，轻保护的。那么我们要怎么样？要重保护，轻处罚？也不是的，要二者并重。

（二）怎么样来理解保障人权

什么叫保障人权？大家注意了，保障人权，应该做一个广义的理解。

1. 保障社会大众的人权

它的保障适合的是大众。这是什么意思呢？通过惩罚犯罪来维护社会秩序，让大家能在一个安宁的社会环境当中工作、学习，保障社会大众的人权。

2. 保障犯罪嫌疑人、被告人的人权

这是保障人权当中的一个内容。为什么我们那样强调保障犯罪嫌疑人、被告人的人权呢？有人说他是一个大坏蛋、大流氓，为什么要保障他的人权？有什么可保障的？大家注意了，犯罪嫌疑人、被告人，在刑事诉讼当中是一个弱者。为什么呢？大家可以看一下，第一，他面对的都是最“可怕”的、拥有强大司法资源的公安机关、检察机关。第二，犯罪嫌疑人、被告人一般被限制或者被完全剥夺了人身自由。第三，犯罪嫌疑人、被告人一般不懂法律。所以，刑事诉讼当中，强调保障犯罪嫌疑人、被告人的人身权，因为它是最容易受到侵犯的。司法考试很多会围绕这个来做文章。

3. 保障其他当事人和诉讼参与人的权利

被害人的人身权利要不要保障呢？当然要保障了。证人的人身权利要不要保障？要。所以大家注意了，其他当事人和其他诉讼参与人员也要受到保障，保障人身权利要做一个广义的理解。

二、实体公正和程序公正

结果公正与过程公正，二者孰优孰劣？主要观点有实体优先论、并重论和程序优先论。

（一）程序性和实体性二者之间的关系

程序性和实体性的关系其实就是刑事诉讼法与刑法关系的翻版。首先我们要理解一下，程序性和实体性二者之间的关系，是程序优先还是实体优先？我举个例子，公安人



员打张某，张某说那个东西是我偷的，这个供述要排除，这个是体现了程序优先还是实体优先？程序优先。我把它改一下。公安人员打张三，张三说："这个东西是我偷的，偷的东西我放在我家里某个地方。"果然在他家里的那个地方查出来了。这个物能不能排除在外？不能排除。通过非法手段取得的物品不排除。这个地方体现的是程序优先还是实体优先？显然是实体优先。所以不能笼统地讲程序优先或者是实体优先。大家注意，我们在立法、执法、司法的过程中，要建立一个什么关系呢？程序与实体要并重。有的教材讲程序优先，但是，任何一个国家，都不可能属于绝对的程序优先，即使是美国这样的国家也不可能有绝对优先，它有它的例外。当然它的程序优先体现得多一点。我们建立的正确观点是，二者并重，既要注重程序，又要注重实体。

（二）程序的价值

程序的价值其实就是刑事诉讼法与刑法关系的翻版。程序有两个方面的价值。第一个是工具价值，是保障实体的正确实施。第二个是独立价值。程序公开、程序参与、控制权力、保障人权、增强裁判的说服力，像这些都体现了程序的独立价值。

三、诉讼效率

司法资源稀缺的矛盾越来越明显，越来越突出，所以刑事诉讼当中，包括其他的诉讼也越来越强调效率。但是从总的来看，诉讼当中是以公正为第一位还是效率为第一位？就是说诉讼当中，最终追求的目标是效率还是公正？肯定是公正。公正优先、兼顾效率。要在哪些程序当中兼顾效率呢？最明显的就是简易程序。这个是诉讼效率，大家知道这个基本的理念，不要背。

第四节　刑事诉讼的基本范畴

刑事诉讼的基本范畴包括刑事诉讼的目的、价值、结构和职能。

一、刑事诉讼的目的

了解一下就是惩罚犯罪，保障人权。

二、刑事诉讼的价值

刑事诉讼的价值就是自由、安全、秩序。那我请问大家，我们国家刑事诉讼法规定的这个价值目标，就是现在的刑事诉讼法，它追求的价值目标是自由还是安全？自由是以个人为主还是以集体为主呢？自由是以个人为主的。安全呢？以集体为主。我们国家所追求的还是安全、秩序多一点。这个了解一下。

三、刑事诉讼结构

什么叫刑事诉讼结构呢？它指的是控、辩、审三方在刑事诉讼当中的地位。这个结构用一个几何图形把它体现出来。理想的诉讼结构应该是一个等腰三角形，这个腰上面的一角是法院，下面一边是原告，另一边是被告。当然刑事诉讼当中，一边是检察机关

或者是控诉方，另一边是被告方，上面是审判方。

四、刑事诉讼的职能

上面说的三角形的三个角分别代表了刑事诉讼当中的三个基本职能，分别是审判、控诉、辩护。在诉讼当中，基本上每一个参与人，都可以把他归结到三个基本职能当中去，我举一个非常简单的例子，检察机关、自诉人承担什么职能？控诉。公诉案件的被害人承担什么职能？控诉。辩护职能指的是由哪个主体承担？被告人和其辩护人。法院行使的是审判职能。

第一章是一些基础知识，这些为我们以后讲一些具体的制度打下基础。

第二章 刑事诉讼法基本原则

第一节 侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使

《刑事诉讼法》

第三条 对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审，由公安机关负责。检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉，由人民检察院负责。审判由人民法院负责。除法律特别规定的以外，其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。

人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须严格遵守本法和其他法律的有关规定。

一、公安机关：行使侦查、拘留并逮捕、预审

除了公安机关行使侦查权以外，在我们国家总共有几个机关行使侦查权？国家安全、检察、监狱、军队，还有走私犯罪侦查部门，也就是我们经常所讲的缉私部门总共6个。法院有没有侦查权？没有。法院有没有补充侦查权？也没有。法院只有建议补充侦查的权利，我们到后面讲。那么请问大家，公安机关有没有决定拘留权？有。公安机关有没有执行拘留权？有。检察机关有没有决定拘留权？有。检察机关有没有执行拘留权？没有。法院有没有决定拘留权？法院没有刑事拘留决定权，它的拘留叫司法拘留。公安机关有没有决定逮捕或者是批准逮捕的权力？没有。

二、检察机关：检察、批准、决定逮捕、自侦案件的侦查、提起公诉

检察机关行使批准逮捕权，有没有权力决定逮捕？有。什么时候批准，什么时候决定？自侦案件用决定，他侦案件用批准。法院有没有批准逮捕的权力？没有。法院是有决定逮捕的权力。检察机关还有自侦案件的侦查，提起公诉的权力，我们到后面讲。

三、法院：审判权

法院的审判权，具有专属性。检察权、审判权由专门机关行使，那么请问大家，人大、人大常委会能不能行使审判权，能不能行使检察权？不能。审判权只能由法院行使，检察权只能由检察机关行使，其他的任何机关、社会团体和个人都不得行使。当然，行使要依法，这个依法既包括实体法，也包括程序法。我们看这样一句话对不对？人民法院、人民检察院依法独立行使职权，任何机关、社会团体和个人都不得干涉。对

还是错？错。是哪个机关不得干涉？行政机关、社会团体和个人不得干涉。哪个机关可以合法地干涉？人大、人大常委会，也就是权力机关。但是我们刚才说，人大、人大常委会能不能行使？不能。因为行使具有专属性。

第二节　严格遵守法律程序

违反法定程序会导致程序无效：二审裁定撤销原判，发回重审；非法言词证据排除。

第三节　人民法院、人民检察院依法独立行使职权

一、不受行政机关、社会团体和个人的干涉（没有权力机关）

法院独立和检察院独立，怎样来理解司法独立？首先我们要搞清楚，就是法院检察院独立于行政机关、社会团体和个人。它独立于外部对不对？对的。关键它内部是什么关系？法院独立上下级法院之间是什么关系？是领导还是监督？监督。上下级之间既然是监督关系，那么在我们国家司法实践当中经常出现下级人民法院有一个案件向上级人民法院汇报请示，这个案子影响比较大，自己拿不准，向高院请示一下，问能不能定罪？这种做法是正确还是错误的？错误的。因为上下级之间是监督关系，监督关系必须要通过法律程序来行使，像二审、再审，死刑复核程序等。反过来想想，如果这个时候中院向高院汇报，高院给它一个批复，说这个案子定什么罪，多少年，其实这种情况下，就剥夺了被告人的上诉权，剥夺了检察机关的抗诉权。他上诉有没有意义了？没有，因为一审也是二审的法院判的。违背了我们国家的两审终审。所以大家注意了，这个上下级法院之间的监督，必须要通过法定的程序，像二审、再审、死刑复核程序。

二、独立的程度不同（集体独立；人民法院的独立与检察院的独立不同）

我们国家的法官独立，是仅指一个法官的独立，还是指合议庭的独立？是指一个法院的独立，还是仅仅指法院系统的独立？它内部不独立，哪一个独立？是法官个人独立，我个人想怎么判就怎么判，还是合议庭的独立，合议庭说，我们说怎么判就怎么判？还是说一个法院内部独立？首先我们要理解，我们国家的司法独立跟西方的法官个人独立是不是一码事？不是的。大家注意了，我们国家是不是合议庭独立呢？也不是，因为我们国家还有什么制度？审判委员会。对于重大、疑难、复杂的案件，合议庭难以作出决定的，还要提交审判委员会来讨论。对审判委员会的决定，合议庭是应当执行还是可以执行？应当执行。这是一个方面，另一方面，我们有一个内部审批，要是裁判文书作出来之后，还要给庭长、分管院长看，这个词措辞不对，把这个去掉，有错别字要改正等。所以大家注意了，我们国家的法官独立与西方的法官独立是不一样的。我们国家的法官独立指的是某一个法院独立。这是法官独立，需要大家掌握了。

对于检察院独立，大家要掌握两点。第一个，上下级检察院之间的关系，上下级是

领导关系。它们这种关系比法院的上下级关系更加紧密。我举个例子，如果检察机关作出了不批准逮捕的决定，公安机关不服，公安机关可以要求复议，如果复议被驳回还可以要求复核，复核向上一级提出。上一级检察院在复核不批准逮捕的时候，它要求下级检察机关改变这个不批准逮捕的决定，可不可以？可以。甚至在必要的时候它还可以直接作出批准逮捕的决定。大家可以看看，上级人民法院可不可以直接改变下级人民法院的决定？不可以的。所以注意了，上下级检察院是领导关系，这是第一个问题。第二个问题，它是确定为一个检察官独立，还是确定为一个检察院独立，还是指一个检察系统独立，上下级之间不独立，它仅仅指的是什么？系统独立。因为它上下级之间是上令下行的关系，它是一个系统的独立，跟法院不一样。正因为如此，它的体制也有所不同。这是我经常所讲的，法院有最高、高级，中级。有没有看到石家庄中级人民检察院这几个字？有没有看到“中级”这两个字？没有。有没有看到有高级人民检察院？没有。只有什么？最高人民检察院。所以写司法文书的时候，不要说，中级人民检察院……把“中级”两个字加上去了，这个给老师的印象非常的不好。要注意不该犯的错误不要犯。还有那个“察”字我每年都讲，每年都有人错。那个检察院的“察”字不要写错。这绝对不是我一个人危言耸听，这个“察”字，那个印象分很重要，一个就好几分，你想想，一个司法考试不就差那几分吗？

第四节 分工负责，互相配合，互相制约

分工负责，相互配合，相互制约，这个不用看，因为在刑事诉讼当中，它应该是要被修改的一条，尤其是相互配合。法院、检察院能不能配合？当然不能配合了，诉审要分离。

第五节 人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督

人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督，作为重点。我刚才也提到了，检察机关在法律体系当中地位比较高，宪法当中把它定位为法律监督机关，检察机关对法律的监督是全方位的。这体现在检察机关对行政诉讼、民事诉讼和刑事诉讼的监督。但是检察机关在监督行政诉讼、民事诉讼和刑事诉讼时介入的方式不一样。检察院对民事诉讼，对行政诉讼监督必须要等到这个裁判生效之后。而对刑事诉讼的监督，既包括了生效判决作出来之后，也包括这个之前。具体来说，检察机关对刑事诉讼的法律监督体现在四个方面：立案、侦查、审判、执行。

一、立案监督（要求说明不立案的理由；认为理由不成立的，要求立案，公安机关应当立案）

立案监督需要大家掌握这样一点，也就是说检察机关如果发现公安机关不立案是错误的，这是检察机关自己发现的情形。还有一种被害人不服公安机关的不立案决定，向检察机关提出的，在这两种情况下，检察机关应当要求公安机关说明不立案的理由。公



安机关应当在几天以内作出呢？7 天。这个时间大家要记。7 天内说明理由。那么检察机关认为公安机关不立案的理由不能成立的，应当通知公安机关立案。公安机关在接到这个立案通知书的几天内应当立案？15 天，注意了，一个是 7 天，一个是 15 天，这两个数字要记住。

二、侦查监督（审查批准逮捕、审查起诉中的监督；补充侦查）

侦查监督到后面讲。

三、审判监督（有权提出纠正意见，事后监督，而不是庭上监督；抗诉权）

审判监督体现在各个方面，比如说抗诉。在此需要大家掌握一点，也就是说检察院现在在法庭上，公诉人不能在法庭审理的过程中持纠正意见。大家注意了，这个监督叫事后监督，那么，事后监督是以检察院整体的名义还是以公诉人个人的名义？以检察院整体的名义作出来的。

四、执行监督（死刑、减刑、假释等）

执行监督到后面讲。

第六节　各民族公民有权使用本民族语言文字进行诉讼

大家要注意三个问题，第一个，就是在少数民族集居的地方，是一定要用普通话，还是用当地通用的语言？应当用当地通用的语言文字。请问大家，裁判文书是用汉字还是用当地通用的语言文字，还是两个都要用？在藏族发布判决书，是用汉语，还是用藏语？还是两个都要用？大家注意了，发布裁判文书也应当用当地的通用文字。诉讼用当地通用的文字，裁判文书的发布也应当用当地通用的语言文字。第二个，少数民族公民，如果在其他地方进行诉讼，不通晓当地的语言文字，应当为他提供翻译。第三个，外国人在我们国家参加诉讼，是应当为他提供翻译，还是可以为他提供翻译？是应当。若有的外国人一来就是中国通，普通话讲得非常好，还给他提供翻译吗？如果他想放弃这个权利，必须要用书面形式。这个了解一下就可以了。如果是外国人在我们国家参加诉讼，他的费用由谁承担？自己承担。

第七节　犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护

犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护。辩护非常重要，刑诉法修改就会牵涉到辩护。在此需要大家掌握基础知识。

一、辩护的主体

辩护权的主体有两类：第一个是犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人，第二个是辩护人。

二、辩护权行使阶段

犯罪嫌疑人、被告人什么时候可以行使辩护权？随时。只要他成为犯罪嫌疑人、被告人就可以了。那么从什么时候犯罪嫌疑人、被告人就可以委托辩护人？这分为公诉案件和自诉案件。公诉案件辩护人产生的最早时间是什么时候？自案件移送审查起诉之日起。有的同学说，我记得是第一次拘留或者是采取强制措施之日起，那个是什么时间？聘请律师，律师可以在侦查阶段介入侦查，但是律师进入侦查，那时候他是不是辩护人？不是。他是什么人？是提供法律帮助的人，他的身份不一样，权利不一样。注意了，公诉案件辩护人最早进入诉讼的时间是案件移送审查起诉之日起。自诉案件的辩护人，随时。

三、公安司法机关有保障的义务

犯罪嫌疑人有具体要求请某具体律师的，公安机关应该将信息转交给该律师或其律所，若没有说明具体律师的，公安应该将具体的信息转交给当地的律师协会。

第八节　未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪

《刑事诉讼法》

第十二条　未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。

一、含义：定罪权只能由人民法院行使；必须依法行使

我简单地讲一下这一条确定的背景。在1996年刑诉法修改之前，我们国家检察机关还行使着一项非常重要的权力，那个权力叫免予起诉。现在有没有免予起诉了？没有了。什么叫免予起诉？简单地讲，就是说对犯罪嫌疑人定罪但免刑。我们从法理上来分析，检察机关在三个基本概念当中是一个控诉的概念。而定罪应该是什么机关承担的？审判机关。由控诉机关来对被告人定罪，其实控诉机关就既行使了控诉权，又行使了审判权，结果是控、审不分。还有一个，就是司法实践当中，免予起诉被滥用的情况比较多，引起了大家的反感，或者说共鸣，要把它取消。通过刑诉法第12条就统一了定罪权。也就是说定罪只能由哪个机关来定？法院。由审判机关来行使定罪权，而法院来行使定罪权，必须要依照法律。这个法律既包括了实体法，同时也要遵守程序法。大家注意了，含义有两个方面：第一个，定罪权由人民法院来行使。第二个，依法既包括程序法，也包括实体法。

二、体现：定罪权统一，废除免予起诉

对于这一条主要体现在下面四个方面：

（一）定罪权统一：废除了检察机关免予起诉

当然免予起诉当中有一些合理的内容，既体现了检察机关的效力，又体现了检察机关的自由裁量。免予起诉当中的合理内容吸收到现在的什么制度当中去了？不起诉。什么不起诉？酌定不起诉。所以说废除检察机关的免予起诉统一了定罪权。

（二）区分犯罪嫌疑人、被告人的称谓，废除“人犯”称谓（侦查阶段、审查起诉阶段：犯罪嫌疑人，审判阶段：被告人）

区分了犯罪嫌疑人、被告人，同时人犯的称谓取消了。以前有没有犯罪嫌疑人这个“嫌疑”的称呼？没有。被羁押的人是犯罪嫌疑人还是被告人呢？犯罪嫌疑人，审查起诉阶段被称为是什么人？犯罪嫌疑人。就在哪个阶段成为被告人？审判阶段。为什么在审判阶段把他变成被告人呢？因为已经起诉了，有原告还有被告。

（三）明确了控方的举证责任（谁主张谁举证）

按照罗马法的原理，就是谁主张，谁举证。在1996年刑诉法修改之前，这一点是不明确的，现在已经明确了，在法庭上是由控方来负担这个证明责任，但这个不是完全的。

（四）确立了“疑罪从无”（审查起诉阶段和一审）

什么叫疑罪从无呢？就是当证据不足的时候，应当作出有利于被告人的判决，把他作为一个无罪的人来处理。我们国家的“疑罪从无”主要体现在两个阶段。一个是审查起诉阶段。我们国家审查起诉移送审判的标准是什么？提起诉讼的标准是什么？犯罪事实清楚，证据确实充分。如果达不到这个标准，要怎么办呢？是不是说检察机关在审查起诉的时候，发现证据不足，就作出一个不起诉的决定？不是的，还要经过补充侦查。检察院在审查起诉阶段，如果证据不足，经过补充侦查，补充侦查以两次为限。当第一次补充侦查证据不足，有两种结果，可以继续进行补充侦查，因为进行了一次，还有一次。还有一种情况，经过一次补充侦查，就可以不起诉。若是进行第二次补充侦查，证据仍然不存在，这个时候怎么办？应当不起诉。这就是“疑罪从无”在审查起诉阶段的体现。那么再看看“疑罪从无”在审判阶段的体现。按照我们国家刑事诉讼法，对一个被告人进行定罪，必须要达到相应的证据标准，这个证据标准是什么？犯罪事实清楚，证据确实充分。达不到这样一个标准，还有利于被告人，应当作出无罪判决。证据不足作出无罪判决，如果在押的，应当立即释放。

三、与无罪推定的关系

这一条的表述和西方大多数国家的、联合国的表述基本上是一样的。有的同学认为，这一条是不是就是确定了我们国家的无罪推定呢？大家注意了，我们国家没有确立无罪推定，只是吸收了无罪推定的一些内容，为什么？第一，从官方体系来看，不承认这一条是无罪推定。它是怎么讲的呢？我们既不实行有罪利益，也不实行资本主义国家的无罪利益，我们是社会主义国家，我们适用实事求是，既不搞有罪利益，也不搞无罪利益。官方不承认。从具体规则上来看，无罪推定作为一项原则，有一些具体的制度来支撑它。它是有一定的内涵的，其中有两个非常重要的内涵。一个是证明责任由控方承担，被追诉人自己承担证明自己有罪或无罪的责任。我们国家虽然立法上明确了在审判

阶段，由控方来承担证明责任。我举个非常明显的例子，在我们国家刑事诉讼当中，犯罪嫌疑人、被告人有没有像西方的那样，在逮捕之后，对他说的第一句话“你有权保持沉默，你所说的每一句话都可能作为呈堂证供，你可以请律师，你请不起律师，我们也可以为你提供律师”？没有，恰恰相反，我们国家的刑诉法是怎么规定的？对于本案有关的问题，要如实供述。我们国家的犯罪嫌疑人不享有沉默权。在什么情况下才可以不说？与本案无关的。与本案有关的，应当回答，与本案无关的，可以拒绝回答。什么叫与本案有关无关？是怎么判断的？是侦查人员来判断还是犯罪嫌疑人来判断？肯定是侦查人员来判断的。什么是无关的？你早上吃的是什么？对我们的伙食满意不满意？你女朋友长得漂亮不漂亮？就这些问题。所以大家要知道，这样规定就使得我们国家的犯罪嫌疑人、被告人供述成为控方证据的一个重要来源。它在一定程度上使得被告人来证明自己有罪或者是无罪。这与无罪推定的要求不相融合。第二，刚才讲我们国家确立了疑罪从无，但是不是彻底的疑罪从无呢？因为按照无罪推定的要求，要作出有利于被告人的解释，我国是不是彻底的疑罪从无呢？一审是的，在审查起诉阶段有部分的体现。请问大家，在二审的时候，如果发现证据不足怎么办？可以发回重审，也可以在查清事实的基础上改判。无论是发回重审还是在查清事实的基础上改判，是不是疑罪从无？不是。同样的道理，在死刑复核的时候，如果发现证据不足，是不是作一个无罪的裁定？也不是。是应当发回重审，由此可见，我们国家并没有实现彻底的疑罪从无。

第九节 保障诉讼参与人的诉讼权利

《刑事诉讼法》

第十四条 人民法院、人民检察院和公安机关应当保障诉讼参与人依法享有的诉讼权利。

对于不满十八岁的未成年人犯罪的案件，在讯问和审判时，可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。

诉讼参与人对于审判人员、检察人员和侦查人员侵犯公民诉讼权利和人身侮辱的行为，有权提出控告。

《公安机关办理刑事案件程序规定》[1]

第一百八十二条 讯问未成年的犯罪嫌疑人，应当针对未成年人的身心特点，采取不同于成年人的方式；除有碍侦查或者无法通知的情形外，应当通知其家长、监护人或者教师到场；讯问可以在公安机关进行，也可以到未成年人的住所、单位、学校或者其他适当的地点进行。

[1] 1998年4月20日公安部部长办公会议通过，1998年5月14日第35号公安部令发布施行。

《人民检察院刑事诉讼规则》●

第一百六十一条 询问不满十八岁的证人，可以通知其法定代理人到场。

第一百六十四条 询问被害人，适用询问证人的规定。

《中华人民共和国未成年人保护法》（修订）●

第五十六条 公安机关、人民检察院讯问未成年犯罪嫌疑人，询问未成年证人、被害人，应当通知监护人到场。

公安机关、人民检察院、人民法院办理未成年人遭受性侵害的刑事案件，应当保护被害人的名誉。

保障诉讼参与人的诉讼权利大家需要注意一个人，未成年人。其他的人我们到后面讲。

第一个，讯问未成年犯罪嫌疑人，包括审判，讯问和审判未成年犯罪嫌疑人，是可以通知他的法定代理人还是应当通知？可以通知到场。注意，刑诉法中的规定要与《公安机关办理刑事案件程序规定》、《人民检察院刑事诉讼规则》、《中华人民共和国未成年人保护法》的规定进行区别，在不同的法条中适用不同的情形。

第二个，询问未成年证人，可以通知他的法定代理人还是应当通知？仍然是可以。询问未成年证人，可以通知法定代理人。

第三个，未成年人案件审判时，这是2006年考的。它分为两种情况：14到16周岁一律不公开，16到18周岁一般不公开，如果公开需要由院长批准。那么未成年犯罪案件，是以犯罪时为标准，还是以审判时为标准呢？审判时。2006年在网上解释的那个答案，我认为是错误的，第一是从法理上，第二要看法条。最高法司法解释当中讲得很清楚，未成年人审判公开不公开，是以审判时为标准，这个规定是合理的，为什么？我举一个非常简单的例子，17岁的人抢劫，到27岁的时候被抓到了，有没有必要不公开？没有必要。因为未成年人不公开主要是考虑到未成年人的身心，他没有发育成熟，消除他的紧张心理，有利于他回归社会，他已经成年了，没有必要了。我再举一个例子，一个人17岁的时候杀人，37岁的时候被逮到了，说为了保证他的身心健康不公开，有没有这个必要？没有必要。这个司法解释当中讲得非常的清楚。

第四个，审判时被告人是未成年人的，如果没有委托辩护人，法院是应当为他请辩护人还是可以为他请辩护人？应当。

● 以下简称《最高检规则》。1997年1月15日最高人民检察院第八届检察委员会第六十九次会议通过，1998年12月16日最高人民检察院第九届检察委员会第二十一次会议修订，高检发释字[1999] 1号。

● 1991年9月4日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议通过，2006年12月29日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议修订，2006年12月29日中华人民共和国主席令第六十号公布，自2007年6月1日起施行。

第十节 具有法定情形不予追究刑事责任

《刑事诉讼法》

第十五条 有下列情形之一的，不追究刑事责任，已经追究的，应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪：

（一）情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；

（二）犯罪已过追诉时效期限的；

（三）经特赦令免除刑罚的；

（四）依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；

（五）犯罪嫌疑人、被告人死亡的；

（六）其他法律规定免予追究刑事责任的。

下面我们讲刑诉法第15条，这个是必考的，每年必考的，而且考的分值有的时候达到5分、6分。

一、法定不追究刑事责任的方式

具有下列情形之一的，不予追究刑事责任，如果已经追究的怎么办呢？这四种方式，大家一定要记：第一个是撤销案件。第二个是不起诉。第三个是终止审理。第四个是宣告无罪。注意了，每一个词都有一个相对应的阶段。就是说这个词只能在某个特定的阶段适用。像撤销案件只能在侦查阶段。不起诉在审查起诉阶段，终止审理在审判阶段。大家注意了，终止审理是用判决还是裁定？裁定。宣告无罪，只能在审判阶段，而且应当用判决。把这四个阶段四种方式要记熟。

二、法定不追究刑事责任的情形

（一）情节显著轻微，危害不大，不认为是犯罪的

情节显著轻微，情节前面有没有犯罪两个字？没有。有没有违法？违法了，但是没有犯罪。注意“显著”两个字。

（二）犯罪已超过追诉时效的

我们前面讲了，追诉时效刑法当中规定了，追诉时效分为几个段？四个段，再加上一种特殊的情况，分为5年、10年、15年、20年，超过最长追诉时效的，必须要经过最高人民检察院批准。

（三）经过特赦令免除刑罚的

特赦令是由哪一个决定？全国人大常委会。我们国家有没有大赦？没有。特赦只是针对特定种类的犯罪，像政治犯，以前有政治犯，现在没有了。

（四）告诉才处理，没有告诉或撤回告诉的

告诉才处理的案件，总共有几类？轻伤害是不是告诉才处理？重婚是不是？遗弃是

不是？非法侵入住宅，侵犯知识产权，生产销售伪劣商品都不是。刚才我举的例子，为什么要把这几个例子举出来呢？这几个是自诉案件的第二类。而告诉才处理是自诉案件的第几类？第一类。告诉才处理总共是几个？5 个。侮辱、诽谤、暴力干涉婚姻自由、虐待、侵占。大家容易搞混哪几个呢？一个是轻伤害，它不是告诉才处理；第二个遗弃也容易考。还有一个是重婚，这三个经常考的大家注意了，它不是告诉才处理，是被害人有证据证明的轻微刑事案件，我们到后面讲。这 5 类案件，大家注意了，它是不是绝对的自诉案件？不是的。只有哪一个是绝对的告诉才处理？侵占。因为前几类，像侮辱、诽谤，我侮辱、诽谤国家领导人，我说那个国家领导人有绯闻，这个时候不可能说还等国家领导人说，我要找你，我要自诉你，不需要，肯定会有人主动找到你的。暴力干涉婚姻自由。我和一个女的谈恋爱，我妈把我打成重伤了，快打死了，这个时候还要自诉？大家注意了，只有哪一种呢？就是侵占是绝对的告诉才处理。

（五）犯罪嫌疑人、被告人死亡的

我们知道，罪责自负。不能说犯罪嫌疑人死了，或者是被告人死了，把他的父亲拉来审判，这个不合适，罪责自负。或者说他已经死了，把他拉过来监尸，这个显然也不合适。

（六）其他

像法律规定的犯罪中止，又没有造成什么后果的，在这种情况下，可以不追究刑事责任。这六种比较简单，要全部背熟，关键是它考一些特殊的东西，后面我列了全部特殊情况。

大家看一看，刑事诉讼法第 15 条，有没有明确规定，根据没有违法的情况？有没有规定犯罪行为并非是犯罪嫌疑人所为这种情况？没有。大家注意了，这个时候最高检规则做了相应的补充，这个最高检规则法条是第 262 条和第 263 条。

《最高检规则》

第二百六十二条 对于公安机关移送审查起诉的案件，发现犯罪嫌疑人没有违法犯罪行为的，应当书面说明理由将案卷退回公安机关处理；发现犯罪事实并非犯罪嫌疑人所为的，应当书面说明理由将案卷退回公安机关并建议公安机关重新侦查。如果犯罪嫌疑人已经被逮捕，应当撤销逮捕决定，通知公安机关立即释放。

第二百六十三条 审查起诉部门对于本院侦查部门移送审查起诉的案件，发现具有本规则第二百六十二条规定的情形之一的，应当退回本院侦查部门建议作出撤销案件的处理。

1. 公安机关侦查，移送到检察院起诉的，检察院发现根本没有违法犯罪的，书面说明理由，退回公安机关

公安机关侦查的案件，检察院在审查起诉的时候，如果发现犯罪嫌疑人根本没有违法犯罪行为，连违法都没有，更谈不上犯罪了，这个时候怎么处理？是不是直接作出一个不起诉？不是的。按照常理来讲应该是作出不起诉。但是它不是这样做的，是怎么样做的呢？书面说明理由，退回公安机关。这是一种情况。

2. 公安机关侦查，移送到检察院起诉的，检察院发现犯罪行为并非犯罪嫌疑人所为，书面说明理由，退回公安机关，建议公安机关重新侦查

公安机关侦查的案件，检察院在审查起诉的时候，发现有犯罪行为，但是犯罪行为并非犯罪嫌疑人李四所为，而是张三干的，这个时候怎么办？注意了，这个时候是书面说明理由，退回公安机关，建议公安机关重新侦查。这是公安机关侦查的情形。

3. 检察机关自侦案件，发现犯罪嫌疑人根本没有违法犯罪的，或者犯罪行为并非犯罪嫌疑人所为的，退回检察院自侦部门，建议撤销案件

如果是检察院自侦的案件有上述两种情形，怎么处理的？退回自侦部门，建议撤销案件。这几种做法，在理论上称为程序倒流。在审查起诉阶段把这个案子倒到侦查阶段去处理。当时最高检为什么要做这样的规定呢？第一是刑诉法没有明确；第二，这种做法是有利于两个机关的和谐还是增加它们的矛盾？检察院发现这是一个错案，退回公安机关，让公安机关自己撤掉，这个时候大家想一下，有利于两个机关的关系处理。当然，还要从另外一个角度考虑，从什么角度呢？有利于公安机关制约检察机关。这个案件，公安机关明明认为是犯罪了，检察院怎么说不是犯罪？所以大家注意了，是多方面的原因导致了这两个条文的出台。这个大家要记一下。

4. 在审判阶段，发现有刑诉法第 15 条规定的第一种情形，作无罪判决

刑诉法第 15 条规定的第一种情形：情节显著轻微，危害不大，不认为是犯罪的。请问大家，审判阶段出现这种情况，能不能终止审理？第 15 条第一种情况，它有没有犯罪？没有犯罪，只有违法行为。既然没有犯罪，就应该作出一个什么判决？作无罪判决，而不能终止审理。

5. 在审判阶段，被告人死亡的

在审判阶段被告人死亡无非是三种情况，正在审的时候，不知道被告人有罪还是无罪，被告人突然倒下去了，那么这个时候怎么办？终止审理。还有一种情况，经过审查，发现被告人有罪，但是还没有作出判决，被告人看到情形不对，倒下去了，这个时候怎么办？仍然是终止审理。还有一种情况，已经查明了，法庭调查，法庭辩论已经结束了，被告人一听，事实就是这样，讲了你们不相信，一激动倒下去了，这个时候已经查明被告人无罪了，就应该作一个无罪判决，还被告人一个清白，即使他死了，但仍然要作出一个无罪判决。所以大家注意了，被告人死亡，只有当被告人无罪的时候，才宣告无罪，其他情形都是终止审理。

下面做一个题目，加深一下印象。某公安局长，因为涉嫌刑讯逼供，被检察机关立案侦查。因为我们知道，公安局长刑讯逼供肯定是职务犯罪，是自侦案件范围之内。那么在这种情况下，移送到检察院审查起诉，检察院在审查起诉的时候，发现这个公安局长有刑讯的行为，但不严重，那天就是把这个犯罪嫌疑人打了一个耳光，打得还不严重。显然他违法，但是有没有犯罪？没有犯罪。检察机关正准备作出相应处理的时候，在审查起诉阶段，这个公安局长心脏病突发死亡。请问，检察院如何处理这个案件？A. 撤销案件 B. 不起诉 C. 终止审理 D. 宣告无罪 E. 程序倒流。怎么处理？这个肯定是单选，它是在哪个阶段？审查起诉阶段。审查起诉阶段只有几种结果？两种：一个是不起诉，一个是程序倒流。显然它符合刑诉法第 15 条第一个情节显著轻微，危害不大，

不认为是犯罪的。还符合哪个？还有是第五项，犯罪嫌疑人死亡的，无论是哪一个，都是不起诉。做司法考试的题目，要找到依据，一定要凭记的那个法条，记那个点来做。不能凭我在检察院多年办案的经验，或者凭着我朴素的法律感情，这个是不行的，要找到依据，找到那个法条。这个错误有的同学是经常犯的。

第十一节　追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法

追究外国人刑事责任，适用我国刑事诉讼法，只要在我们国家参加刑事诉讼的，一般的情况下，是应该通过我们国家的刑事诉讼法来解决问题。但是有一类人很特殊，也就是享有外交特权或豁免权的人，他们通过外交途径来解决，而不是刑事审判。

第十二节　刑事司法协助

一、刑事司法协助的渊源

什么叫渊源？就是它的依据。刑事司法协助的渊源有两个：一个是国际条约或者是国际公约。当然这个国际条约或者是国际公约必须是我国参加的。第二个是互惠原则。什么叫互惠原则？就是别的国家对我们国家的公民有什么优惠条件，按照同等原则，我们也应该对别国人民同等对待。注意这个法律原则。

二、刑事司法协助的主体

狭义的主体只有两个：一个是法院，另一个是检察院。但是大家注意了，在我们国家司法实践当中，广义的刑事司法协助除了法院、检察院外，还有两个非常重要的主体，一个是公安机关，像我们国家是国际刑警组织的成员，国际刑警组织在刑事司法协助当中起了非常重要的作用。所以公安机关是司法协助的主体。还有一个是司法部外事司，就是司法行政机关。像遣返赖昌星，遣返高山，司法部起了非常大的作用。所以司法行政机关也是刑事司法协助的主体，一共是4个。

三、司法协助行为（代为送达诉讼文书、调查取证；移交证据、信息的交流与合作、通报结果、引渡。没有承认并执行生效外国裁判）

司法协助的行为非常广泛，但是大家要注意这样几个问题，第一个，引渡。引渡是广义的还是狭义的刑事司法协助？广义的。第二个，我们国家到目前为止，有没有签订或者是加入承认并执行国外生效裁判的文件？没有。因为我们国家，特别是清末的时候，对领事裁判权有惨痛记忆，所以到目前为止，我们不参加任何承认并执行国外生效裁判的法律文件。还有一小点需要大家注意，就是国外的这些司法机构，包括警察能不能到我们国家来逮捕人或者是拘留人？不能。所以刑事司法协助行为主要是代为送达诉讼文书，调查取证，像限制、剥夺人身自由的行为是不能采取的。如果有必要，也只能通过我们国家的公安机关或者是相应的有侦查资格的机关实施。

第三章　刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人

第一节　刑事诉讼的专门机关

这一节，第一，公安机关不讲。有的书上公安机关讲了好几页，就不要看了，什么公安机关的职能有哪些？都不要背，它的组织体系是怎么样的，也不要背。第二，检察院的性质大家注意一下，它是司法机关还是行政机关？司法机关。上下级之间是什么关系？领导关系。这个组织体系我就不讲了，不会考这么简单的东西。第三，法院的性质是一个司法机关，上下级之间是监督关系。在法院这个体系当中，稍微要注意一下，法院体系，最上面是什么？最高人民法院，然后下面是两个：一个是地方人民法院，还有一个是什么法院？专门法院。地方法院我就不讲了，分为高级、中级和基层。专门法院要稍微注意一下。专门法院总共有几类？三类：一个是军事法院，一个是铁路运输法院，还有一个是海事法院。有一个需要讲的重点：只有一个法院没有刑事案件管辖权，哪一个？海事法院。至于它们的管辖问题，我们到后面的管辖还会讲。第四，其他侦查机关，刚才已经点过了，在这里我稍微讲一下国家安全机关。国家安全机关除了受案范围与公安机关不同以外，其他的职能与公安机关完全相同。所以以后我们讲公安机关就包括了国家安全机关。换句话说，公安机关行使的职能，国家安全机关同样都享有，这个注意一下。这是专门机关，不要作为重点，稍微注意一下两三个小问题就行了。

第二节　诉讼参与人

一、诉讼参与人的概念（排除公安司法机关工作人员）；分类

诉讼参与人，这个经常考，当然它不是直接考，是间接考，所以要加深理解。那么首先我们要搞清楚，什么叫诉讼参与人？所谓的诉讼参与人是指在诉讼中享有权利，承担义务的人，这个话很好理解，因为任何参加诉讼的人在诉讼当中都享有权利，都承担义务。关键是后面一句话，它是在诉讼当中享有权利，承担义务，除国家专门机关工作人员以外的人。大家注意了，国家专门机关的工作人员，是不是诉讼参与人？公诉人是不是诉讼参与人？不是，书记员是不是？不是。大家注意了，像法官、公诉人、书记员都不是，因为他们是国家专门机关的工作人员。诉讼参与人根据与案件的利害关系不同，可以划分为两类：一个是当事人，一个是其他诉讼参与人。什么叫当事人？是与案件有直接利害关系的，在案件当中处于原告或者是被告地位的人。那么在刑事诉讼当中有哪些人？犯罪嫌疑人、被告人，公诉案件叫什么人？被害人。自诉案件叫自诉人。还有哪些人？附带民事诉讼的原告人和被告人。大家注意了，刑事诉讼当中有没有原告或者是被告的称谓？没有，他后面都有一个“人”字，写司法文书的时候要稍微地注意

一下。再重申一下公诉人是不是当事人？不是的，他是国家专门机关的工作人员。

二、当事人

（一）被害人

公诉案件叫被害人，自诉案件叫自诉人。控诉人享有很多的权利，在每一个具体章节当中会涉及，在这个地方我把一些重点的内容点一下，大家有一个基本的印象，到后面我们再强化。

1. 报案和控告的权利

2. 对公安机关不立案的有权向检察院提出意见

对公安机关不立案的，有权向检察院提出意见，检察院怎么办？检察院应当要求公安机关说明不立案的理由，公安机关在7天之内说明。那么如果检察机关认为公安机关不立案的理由不能成立的，它要怎么样？应当通知公安机关立案，公安机关在15天之内立案。这是第一个。第二个，如果他对检察院不起诉决定不服，有权去申诉。这个时候申诉是向哪一级去申诉呢？上一级。

3. 公诉转自诉

什么叫公诉转自诉？它是自诉案件的第三类，也就是说，被害人有证据证明被告人侵犯了自己的人身权利或者是财产权利，而公安机关、检察机关不予追究被告人刑事责任。刑事诉讼法为了解决这种状告无门的情况，当公立救济无效的时候，让他怎么样？自力救济，有权委托代理人。刚才讲辩护的时候讲了，犯罪嫌疑人、被告人有权委托辩护人。被害人有权委托诉讼代理人。请问大家，被害人什么时候有权委托诉讼代理人？案件移送审查起诉之日起。这个时间跟哪个时间是一样的？公诉案件犯罪嫌疑人聘请辩护人相对应的。请问大家，公诉案件的被害人如果不服一审判决，能不能提出上诉？不能。因为按照传统的理论，公诉案件的犯罪行为，除了侵害被害人个人的利益以外，主要是侵害了国家和社会的利益，从另外一个角度，大家想想，如果赋予了被害人上诉权，在绝大多数情况下，这个被害人是上诉还是不上诉？上诉。因为他是从自己个人的情感角度出发的。所以，我们国家立法没有赋予被害人上诉权，而把需不需要启动二审程序交给哪个机关审查？检察机关，当然检察机关这个行为叫什么？抗诉，二审抗诉。我们到后面要详细地讲。如果被害人不服一审判决，他的救济途径是怎样？向检察机关提出什么？就申请检察机关抗诉。我们到后面讲，这里有一个印象就行了。单位也可以成为被害人。

（二）自诉人（自诉人到后面讲）

（三）犯罪嫌疑人、被告人（单位犯罪嫌疑人、被告人；诉讼代表人）

犯罪嫌疑人、被告人，在这个地方就讲一点，就是单位可不可以成为犯罪嫌疑人、被告人？可以。这是第一个，单位可以成为犯罪嫌疑人、被告人。第二个，当单位变成犯罪嫌疑人、被告人的时候，哪一个代表它参加诉讼？法定代表人。这时问题出现了，当法定代表人也对这个犯罪行为负责任的情况下，能不能让他继续做这个代表人？如果让他继续做会产生一个什么情况？既追究这个法定代表人的责任，又追究这个单位的责任，如果让这个法定代表人做这个单位的诉讼代表人，有可能这个法定代表人把这个责

任推给单位，他自己逃脱了。所以如果法定代表人或者是主要负责人对这个单位犯罪负责任的情况下，那么必须要什么？更换诉讼代表人。问题出现了，更换诉讼代表人是法院来更换，还是检察院来更换，还是这个单位来更换？能不能说想更换就更换？这个需要大家记一下，更换诉讼代表人由检察机关更换，这个道理很明确，就像确定哪一个为被告人是一样的道理。更换诉讼代表人由检察机关更换。第三个，诉讼代表人是代表单位参加诉讼，他享有的权利，承担的义务，与自然人、被告人基本上是一样的。但是他是不是被告人？他不是被告人，是代表单位参加诉讼的，所以有的情况下，不能完全把这个诉讼代表人当作自然人、被告人。要注意了，对这个诉讼代表人采取强制措施，可不可以？可以对诉讼代表人采取强制措施，但是只能适用几种？一种。哪一种？拘传。换言之，对这个诉讼代表人，能不能适用取保候审、监视居住、拘留逮捕？不能。那么为什么拘传就可以呢？因为我们国家刑诉中有没有缺席审判？没有缺席审判，必须要到庭。这是诉讼代表人的问题。对于附带民事诉讼原告人和被告人我们到后面讲。当事人主要是讲了被害人和犯罪嫌疑人、被告人。其他的知识我们到后面具体制度的时候要讲。

三、其他诉讼参与人

除了当事人以外的诉讼参与人都称为其他诉讼参与人。

（一）法定代理人

1. 范围

法定代理人的范围很简单，父母、养父母，负有保护责任的代表，和民法是一样的，不需要讲。

2. 代理的对象

代理的对象是限制行为能力和无行为能力人。一个是年龄，还有一个是精神上有障碍。我问一个高深的问题，限制行为能力的年龄起点是多少？限制行为能力的年龄顶点是多少？多少岁到多少岁？10 到 18 岁。刚才为什么出现一个 14？那是什么？刑事责任年龄的起点，而且 14 岁那个是几类？8 类。一般的刑事责任年龄的起点是 16 岁。这个是最基本的。

3. 产生的依据

法定代理人产生的依据是委托还是法定的？法定的。

4. 权利

法定代理人享有的权利，一句话，法定代理人享有的权利基本上是和哪一个是相对应的？被代理人。被代理人享有什么样的权利，法定代理人都享有。但是什么样的行为不能代替？人身侵权。在这里面大家注意几个容易考的点。第一个，法定代理人享有申请回避权，或者是回避申请权，这个经常考。法定代理人可以独立地提出申请回避，不需要经过当事人同意。第二个大家要注意一下，就是被告人最后陈述，法定代理人能不能说，我家的小孩年龄小，我替他陈述，行不行？不行。被告人最后陈述必须由被告人自己行使。第三个，法定代理人享有独立的上诉权。这个非常重要。什么意思？被告人抢劫，他是一个未成年人，被判了有期徒刑 5 年，被告人说，我要上诉，他的法定代理

人就说，你不要上诉，一上诉反而加刑，当然我们知道这个说法不对。也就是说被告人要上诉，他的法定代理人不要上诉，这个时候以哪个为准？上诉不上诉？上诉。因为被告人自己有没有独立的上诉权？有，虽然他是未成年人，虽然他是精神病人，当然是限制行为能力的人，他也有上诉权。反过来，被告人说，我抢劫，判5年刚好让我在牢里面悔改，对我进行矫正，他的父亲说给你判5年，重了，隔壁村子那个人，抢了那么多的东西，才是缓刑，要上诉，这个时候以哪个为准？上诉不上诉？上诉。这个时候上诉人是哪一个？仍然是法定代理人。因为法定代理人具有独立的上诉权。那有人说如果上诉加刑了怎么办？上诉不加刑。

（二）诉讼代理人

1. 诉讼代理人的概念

这个不要背，在民法当中，或者是民诉当中都讲得非常的清楚，大家了解就行了，不需要背这个概念。也就是说接受除犯罪嫌疑人、被告人以外的其他当事人或其法定代理人或其近亲属的委托，参加诉讼，以被代理人的名义参加诉讼，诉讼的结果由被代理人承担，这样的人叫诉讼代理人。

2. 哪些人可以委托诉讼代理人

显然犯罪嫌疑人、被告人能不能委托诉讼代理人？不能，犯罪嫌疑人、被告人委托的人叫什么人？辩护人。除了这两类人，其他人委托的都叫做诉讼代理人。有些同学写民事诉状的时候，写“辩护”两字，民事诉讼当中还有辩护？哪些人有权委托，我给总结了，除了犯罪嫌疑人、被告人，其他的当事人及其法定代理人，都可以委托诉讼代理人，另外还有一类人的近亲属可以委托诉讼代理人。哪一个？被害人的近亲属可以委托。在这个地方大家要稍微留意近亲属的概念。刑事诉讼当中的近亲属与民事诉讼当中的近亲属的概念是不是一样的？不一样。与民法当中的近亲属的概念不一样，哪个范围更大一些？民法上的近亲属。我先讲刑事诉讼法，刑事诉讼上的近亲属，上面是父母，下面是子女，平辈是配偶、同胞兄弟姐妹。而民法的上面多了一个祖父母、外祖父母，下面多了一个孙子女、外孙子女。而且它还少了一个什么词？同胞。那么显而易见，这种养或者是继关系形成的兄弟姐妹，养父带过来的，继父带过来的，是不是刑事诉讼当中的近亲属？不是的。刑事诉讼当中的近亲属，必须要有血缘关系。那有人又问高深的问题了，老师，那同父异母的是不是同胞兄弟姐妹？他说老师，按我的理解，异父同母的是同胞。同父异母的是不是？都是的，只要是有血缘关系。那有人问了，因为养或者是继形成的这种父母关系，养父母、继父母是不是近亲属？是的。兄弟姐妹必须是血缘的，其他的没有这个要求。哪些人可以成为诉讼代理人，与辩护人的范围相同，我们到后面讲。

（三）证人

按照刑事诉讼法的规定，凡是知道案件真实情况的人，都有如实作证的义务。当然，当事人，虽然知道案件的真实情况，但在诉讼当中有独特的称谓，不是证人。在证人当中，大家要注意这样几个问题：

1. 证人的资格

也就是说凡是知道案件真实情况的人都有如实作证的义务，这个人必须是什么人？自然人。在刑事诉讼当中，证人必须是自然人。这一点大家要注意一下。一般的情况

下，只要知道案件的真实情况，都有如实作证的义务，但是法律做了一个排除性的规定，哪些人不能作证，或者说没有证人的资格？生理上、精神上有缺陷，或者是年幼，那是不是说生理上、精神上有缺陷或者是年幼就把他排除在证人之外呢？不是的，还必须要符合一个实质性的要件，不能正确表达，不能明辨是非。我后面在讲证据的时候，讲侦查的时候都要讲到证人，有的内容在前面讲了，到后面我就不讲了。那么它经常会出现什么题目呢？下列人可以作证的是？A. 聋哑人。B. 间歇性精神病人。C. 5 岁的儿童。D. 无行为能力的人。聋哑人可不可以作证？可以。除非他不能正确地表达，不能明辨是非。间歇性精神病人，可不可以？可以。C. 5 岁的儿童，可以不可以？可以。年幼，但是他有没有讲不能正确表达，不能明辨是非？没有。D. 无行为能力的人。可以不可以？也可以。5 岁的小孩是不是无行为能力人？是呀，那你为什么不选呢？正确的答案是 ABCD。证人的特点，这个作为重中之重。

2. 证人的特点

证人有两个特性：一个是不可替代性，一个是优先性。我举个例子，今天北京海淀区法院通知我，说汪某某，我们今天开庭，你是本案的证人，你要出庭作证，我说最近忙得很，要讲司法考试。我把这个案情告诉我的学生，告诉我的好朋友，让他代替我去出庭作证行不行？不行。证人必须以自己亲历的事实，亲身感知的事实向法庭陈述，所以大家注意了，证人具有人身不可替代性。还有一个是优先性。什么叫优先性呢？就是说当证人的身份与其他人的身份发生冲突的时候，他只能选择做证人。举个非常简单的例子，某个检察官在上班的路上，看到一起凶杀案，看到犯罪嫌疑人正在追杀另外一个人。这个案件公安机关侦查之后，就移送到他所在的检察院，请问大家，这个时候这个检察员能不能参与本案的审查、批准逮捕或者是审查起诉工作？不可以。他只能做什么人？证人。同样的道理，当证人与法官的身份、与鉴定人的身份发生冲突的时候，他只能做证人。证人的身份具有优先性。这两点是经常考的。

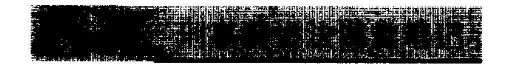
3. 证人的权利

证人享有查阅检验笔录的权利，如果发现有错误的，可以要求改正。对于侵犯自己人身权利、诉讼权利的一些行为，他有控告的权利，出庭作证有要求经济补偿的权利，要求公安司法机关保证其本人及其近亲属的安全的权利，这个要作为重点掌握。在这里有没有说要为证人保密？在诉讼当中应当为证人保密，这句话是对还是错？应当保证证人安全，保证近亲属的安全，这个是没有争议的。如果出了这个题目，下列表述哪项是正确的？有一个选项为：在诉讼当中应当为证人保密，这个就要注意了。我们知道，检察院如果提起公诉，要把哪些材料移送给法院？其中有一个是证人名单。证人在审判阶段要不要出庭作证呢？要。那还怎么保密？大家注意了，在诉讼当中，应当为证人保密，这个话是不正确的，如果说要保密，它主要是两个事项：一个是侦查阶段的保密，侦查阶段的保密是因为侦查行为要保密。第二个，证人的隐私应当为他保密。稍微注意一下就行了，这个是安全，没有讲保密的问题。

（四）鉴定人

1. 鉴定人的概念

在鉴定人概念当中大家要注意这样几个问题：第一个，鉴定人产生的方式。请问大



家，在刑事诉讼当中，当事人自己能不能委托鉴定人？我被打伤了，我跑到医院去，叫医生给鉴定一下我是几级伤残。医生说是9级伤残。行不行？大家注意了，在刑事诉讼当中，鉴定人只能由公检法机关委托，或者是指派，或者是聘请，聘请聘的是外部的，指派指的是内部的。当然这一点，我们到后面讲，法院现在自己能不能在内部有鉴定机构？不能了。大家注意了，鉴定人的产生方式，不能是当事人自己委托，这是不行的。他必须由公检法机关指派或者是委托。第二个，鉴定的对象。我现在是北京市某一个区法院的，我说我们这个案子比较疑难，到底定不定罪，定什么罪我拿捏不准。怎么办呢？我请几个专家，鉴定他到底有没有罪，行不行？大家注意了，刚才我讲了，这个人有罪，犯什么罪，量什么刑，那是事实问题还是法律问题？法律适用问题，而鉴定只能鉴定什么问题？事实问题。而事实问题是一般的事实问题还是专门性的事实问题？专门性的事实问题。一般的事实问题不需要鉴定。所以大家注意了，鉴定的对象是专门性的事实问题。第三个，鉴定人。是自然人还是单位？自然人。鉴定的这个人必须是自然人，有人讲鉴定结论上有单位的公章，那只是表明鉴定人身份的。鉴定人的概念稍微要了解一下。

2. 与证人的区别

鉴定人在理论上把它叫做专家证人。鉴定人了解不了解案件的事实？让他鉴定，要不要把相关的案件材料给他看？要给的。他要了解案件的事实，证人肯定也了解案件事实的。那么他们都了解案件事实，有什么区别呢？第一，了解案件事实的途径不一样。证人了解案件事实，一般是通过参加诉讼了解案件事实，还是在案发时就了解案件事实？他是在案发时就了解案件事实。而鉴定人是怎么了解案件事实的？通过参加诉讼，具有了鉴定人的身份之后。如果他在鉴定之前就了解了这个案件的事实，他能不能做鉴定人？不能，他只能做什么人？证人。所以大家注意了，了解案件事实的途径不一样。第二，做的事项不同。前面讲了，鉴定人只能就什么问题进行鉴定？专门性的事实问题。而证人作证，他是就一般性的事实问题进行作证。第三，是否适用回避？夫妻之间能不能作证？当然可以了。按照我们国家的法律规定，凡是知道案件真实情况的人都有如实作证的义务，虽然我们知道这是不合理的。丈夫偷了东西，非让他的老婆作证，当然是不人道的，但我们法律就是这样规定的。鉴定人适用不适用回避？适用。证人不适用回避。

（五）翻译人员

翻译人适用回避，这个也是经常考的。

第四章 管 辖

第一节 立案管辖

《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》[1]

第一条 人民法院直接受理的自诉案件包括：

（一）告诉才处理的案件：

1. 侮辱、诽谤案（刑法第二百四十六条规定的，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

2. 暴力干涉婚姻自由案（刑法第二百五十七条第一款规定的）；

3. 虐待案（刑法第二百六十条第一款规定的）；

4. 侵占案（刑法第二百七十条规定的）。

（二）人民检察院没有提起公诉，被害人有证据证明的轻微刑事案件：

1. 故意伤害案（刑法第二百三十四条第一款规定的）；

2. 非法侵入住宅案（刑法第二百四十五条规定的）；

3. 侵犯通信自由案（刑法第二百五十二条规定的）；

4. 重婚案（刑法第二百五十八条规定的）；

5. 遗弃案（刑法第二百六十一条规定的）；

6. 生产、销售伪劣商品案（刑法分则第三章第一节规定的，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

7. 侵犯知识产权案（刑法分则第三章第七节规定的，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

8. 属于刑法分则第四章、第五章规定的，对被告人可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件。

对上列八项案件，被害人直接向人民法院起诉的，人民法院应当依法受理。对于其中证据不足、可由公安机关受理的，或者认为对被告人可能判处三年有期徒刑以上刑罚的，应当移送公安机关立案侦查。

（三）被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院已经作出不予追究的书面决定的案件。

---

[1] 以下简称《刑诉法解释》。1998年6月29日最高人民法院审判委员会第989次会议通过，自1998年9月8日起施行，法释［1998］23号。

《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于刑事诉讼法实施若干问题的规定》[1]

1. 按照刑事诉讼法对刑事案件管辖的分工的规定，人民检察院管辖“贪污贿赂犯罪，国家工作人员的渎职犯罪，国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪”。对于涉税等案件由公安机关管辖，公安机关应当立案侦查，人民检察院不再受理。任何不符合刑事诉讼法关于案件管辖分工规定的文件一律无效。

对于人民检察院已经立案侦查的依法应由公安机关管辖的涉税等案件，可由人民检察院继续办理完毕，或由人民检察院移交公安机关办理。

2. 刑事诉讼法规定人民检察院管辖“国家工作人员的渎职犯罪”案件，修订后的刑法已将渎职罪的主体修改为国家机关工作人员。根据这一修改，人民检察院管辖的“渎职犯罪”，是指刑法分则第九章规定的渎职罪。另外，刑法分则第四章第二百四十八条规定的监管人员殴打、体罚、虐待被监管人罪，由人民检察院管辖。刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中规定的犯罪由公安机关管辖。

3. 修订后的刑法已将贪污贿赂罪明确在分则第八章中作了规定，根据这一修改，人民检察院管辖“贪污贿赂犯罪”案件，是指修订后刑法分则第八章规定的贪污贿赂罪和其他章节中明确规定按照刑法分则第八章贪污贿赂罪的规定定罪处罚的犯罪。第一百六十三条第一款、第二款、第一百八十四条第一款和第一百六十四条规定的犯罪由公安机关管辖。

6. 公安机关侦查刑事案件涉及人民检察院管辖的贪污贿赂案件时，应当将贪污贿赂案件移送人民检察院；人民检察院侦查贪污贿赂案件涉及公安机关管辖的刑事案件，应当将属于公安机关管辖的刑事案件移送公安机关。在上述情况中，如果涉嫌主罪属于公安机关管辖，由公安机关为主侦查，人民检察院予以配合；如果涉嫌主罪属于人民检察院管辖，由人民检察院为主侦查，公安机关予以配合。

管辖的概念不需要大家背，但是要了解一下。什么叫管辖？公、检、法机关受理刑事案件的分工，以及人民法院系统内部受理第一审刑事案件的分工。公、检、法等机关受理刑事案件的分工，这个管辖叫什么管辖？立案管辖，或者又称为职能管辖。按人民法院系统内部受理一审刑事案件的分工，这个叫什么管辖？审判管辖。

一、人民法院直接受理的刑事案件

人民法院直接受理的刑事案件叫做什么案件？自诉案件。自诉案件总共有三类。

（一）告诉才处理的案件

它总共是几类？5类或者是4类，不用再讲了，这个一定要记。

（二）被害人有证据证明的轻微刑事案件

大家要记一下，被害人有证据证明的轻微刑事案件，这个案件的种类总共有8小

[1] 以下简称《六机关规定》。1998年1月19日颁布实施。

类，这8小类不需要大家全部记熟，几个重点的一定要知道。有哪些？轻伤害、重婚、遗弃。还有哪些呢？非法侵入住宅，生产销售伪劣商品，侵犯知识产权，还有一个刑法分则第四章、第五章可能判处3年以下的。像这些东西，大家知道就行了，关键是前面几个，容易考的就是前面几个。这是第一个问题，轻微的8类案件。第二个，这个既然是自诉案件，自诉案件由哪个负担证明责任？只要是自诉案件肯定是自诉人。再看，有证据证明，这是一个起诉标准，因为我们知道，定罪的标准是什么？犯罪事实清楚，证据确实充分，问题出现了，如果没有证据，我被人打了一顿之后，我跑到法院去，“我要告张三，他打了我，这是诉状”。法院工作人员说：“你证据呢？”我说：“他打在我身上。”法院说：“那我们拍几张照片吧。”我说：“不给你拍，我就一张诉状。”工作人员在这个时候没有证据怎么办？受理不受理？不受理。有证据证明，必须有相应的证据。如果没有证据怎么处理？大家要记一下，说服他撤诉，或者用裁定驳回起诉。如果这个人有证据，因为法院受理的时候，不可能马上查清证据是否确实充分。受理之后，发现他有证据，但证据不充分，这个时候怎么办？记一下，证据不足的，可以由公安机关受理的，或者是被告人有可能判处多少年以上有期徒刑的？3年。这个时候法院怎么办？法院将案件移交公安机关。公安机关是应当受理还是可以受理？应当受理。那么被害人有证据证明的轻微刑事案件，我被打成轻伤了我不到法院去，我到公安机关去，公安机关受理不受理？我举个简单的例子，今天到检察院上课的路上，一个人一拳打过来，把我的三颗牙打掉了，轻伤。我捧着三颗牙再加上一纸诉状，到法院去，法院受理不受理？受理。我跑到公安机关去，公安机关立案不立案？也立案。换句话说，这既可以是自诉案件，也可以是公诉案件。所以我们把它称为公诉与自诉交叉案件。像重婚、遗弃，现在经常有好多的电视节目，小孩子父母不管他，把他丢到医院或者丢到路旁边，有可能构成遗弃罪。把小孩丢到路旁边，小孩死了，这个时候公安机关能不能立案侦查了？当然可以了。小孩都已经死了，他怎么自诉呢？所以大家要注意了，这类案件的特征，公诉与自诉交叉。

（三）公诉转自诉

它的全面表述是怎样的？被害人有证据证明被告人侵犯了自己的人身权利和财产权利，而公安机关、检察机关不予追究被告人刑事责任的，被害人直接向法院起诉，法院应当受理。在这里面大家要注意这样几个小问题：第一个，举证责任。虽然它本质上是公诉案件，但是这个时候已经改为自诉，既然是自诉案件，举证责任由自诉人承担。第二个，公诉转自诉案件，仅限于侵犯公民的什么权利和什么权利？人身权利和财产权利。第三个，这类案件被害人向法院起诉的时候，必须要向法院出示什么？公安机关、检察机关不予追究被告人刑事责任的书面决定。为什么这类案件被害人向法院起诉的时候，要向法院递一个书面的决定？说明这个案件已经经过公安机关、检察机关的处理了，但是公安机关、检察机关不追究这个人的责任。它有这样一个用意。

二、人民检察院直接受理的刑事案件

人民检察院直接处理的刑事案件我们称为自侦案件。检察机关在我国法律适用当中地位比较特殊，它是行使法律监督的，所以与此相呼应，检察机关自侦案件的范围也有特殊

性。一般来说，它是国家机关工作人员利用职权实施的，但是能不能反过来说，凡是国家机关工作人员利用职权实施的，都是由检察机关来侦查？显然不是的，总共只有4类。

（一）贪污贿赂犯罪

这是大家最熟悉的一种。但是要注意，与贿赂相对应的，行贿罪，包括介绍贿赂罪，虽然它的主体是一般主体，但是它仍然是由检察机关立案侦查，因为它是相对应的。

（二）国家机关工作人员的渎职犯罪

（三）国家机关工作人员利用职权实施的下列侵犯公民人身权利和民主权利的犯罪案件（7类：非法拘禁、非法搜查、刑讯逼供、暴力取证、虐待被监管人案、报复陷害案、破坏选举案）（注意：非法剥夺宗教信仰自由案、侵犯少数民族风俗习惯案、侵犯公民通信自由案，不由检察院立案）

国家机关工作人员利用职权实施的侵犯公民的是两大类：人身和民主权利。那么是不是所有的侵犯公民人身和民主权利的案件都是由检察机关来侦查呢？仅限于7小类。这7小类大家要注意。这个大家要先看一看，如果今年出了一道类似的题目，说下列哪些案件由检察机关立案侦查？A. 非法拘禁，B. 刑讯逼供，C. 报复陷害，D. 破坏选举。要注意一下，非法拘禁对应的是一般主体，只有哪个非法拘禁的时候由检察院立案侦查？国家机关工作人员利用职权实施的时候，要注意陷阱。刑讯逼供，暴力取证，虐待被监管人案都是特殊主体，一律都由检察院立案侦查。要注意报复陷害，报复陷害不仅是在刑事诉讼当中考察，刑法当中也要注意一下，报复陷害的主体是一般主体还是特殊主体。报复陷害要与另外一个陷害要区分开，哪一个？诬告陷害。诬告陷害是一般主体还是特殊主体？诬告陷害是一般主体，而报复陷害是特殊主体。两个除了主体不同还有一个什么区别？就是说，如果要追究某一个人诬告陷害罪，必须是这个人陷害他人，想使他人受到刑事追究。而报复陷害要不要达到这种程度？不需要，因为它的主体是特殊主体，国家工作人员，所以他的要求比较低。陷害他人不需要成功，也可能追究他的刑事责任，这是刑法中的内容，稍微地解释一下。破坏选举罪的主体是一般主体，只有是特殊主体的时候才由检察机关立案侦查。就是说中间的，刑讯逼供，暴力取证，虐待被监管人，报复陷害，一律是由检察院立案侦查，其他的要看它的主体到底是一般主体还是特殊主体。

（四）国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件，需要由人民检察院直接受理的时候，经省级以上人民检察院决定，可以由人民检察院立案侦查

作为重点，除了这3类，其他的国家机关工作人员实施的重大犯罪案件，如果需要由检察机关立案侦查，必须要经过一个什么程序？省级以上人民检察院决定，包括不包括省级？包括省级。注意了，第4类容易考，检察院直接受理的刑事案件，这4类，要注意总的，然后每一类下面具有什么样的特征。那么除了法院受理的自诉案件，检察院自侦案件，那么剩下的案件都是由公安机关来侦查，这个不需要记。在这里面大家要稍微地注意一下，因为有的人，犯罪主体是一个，但是有可能涉及几个罪，我举一个非常简单的例子。某一个国家机关工作人员贪污，然后他逃到北京去，没有钱了，他抢劫。我们知道，国家机关工作人员犯贪污罪是由检察院来侦查。而这个抢劫是由哪一个来侦查？公安机关。所以在这个时候，涉及几个罪，这几个罪按照它的管辖，是由几个机关

分别管辖。那么在这个时候原则上怎么处理？分别管辖。贪污，由检察院，抢劫，由公安机关。因为不知道哪一个是主罪，哪一个是次要罪的时候，就分别管辖。但是话说回来，如果有明显的主次，在这个时候，主要侦查之外还有一个配合，我举个例子，这个人贪污了5000万元，跑到北京去了，他抢劫抢了10万元，也没造成什么严重的后果，但是达到犯罪程度了。在这个时候显然是由哪个来侦查？检察院，哪个配合？公安机关。反过来，这个人在广州贪污了5000元，跑到北京去抢劫杀人了。那么显然在这个时候由哪个来侦查？公安机关，哪一个配合？检察院。所以大家注意了，规定说这个时候检察院侦查，公安机关配合，要看主罪在哪儿？这个主罪的标准往往是量刑或者是犯罪性质。这个要注意了，经常考的。

三、公安机关直接立案侦查的案件

破坏社会主义市场经济秩序案件，一般是由公安机关侦查。走私是由走私犯罪侦查部门侦查。涉税案件，这个要注意，六部委作了明确的规定，涉税案件一律是由公安机关侦查，像偷税、漏税。但是大家注意了，不征、少征税款是由哪个机关来侦查？是由检察院来立案侦查的。伪证罪，也是由公安机关立案侦查，而不是由人民法院来直接裁判，这是六部委48条明确写出来了的。民事诉讼当中能不能有伪证罪？民事诉讼当中作伪证，行政诉讼当中作伪证，构不构成伪证罪？伪证罪是用在什么诉讼当中？刑事诉讼当中，它的主体有4个，这是刑法上的内容，我就不多讲了，但是大家要去看一看，一定要注意一下。拒不履行生效的判决、裁定罪，这个大家要注意一下，民事诉讼法中规定了，是由法院直接裁判，大家注意了，六机关、六部委规定拒不履行生效的判决、裁定罪，必须由公安机关立案侦查。这个按照六机关、六部委的，不要受到民事诉讼规定的影响。公司企业人员受贿罪，对公司企业人员行贿罪，包括非国有的银行或者是金融机构受贿案。这几类受贿、行贿，它的主体是国有的，还是非国有的？非国有的。这些都是由公安机关管辖。非法经营同类营业罪，为亲友非法牟利罪，签订履行合同失职罪等等，它的主体虽然是特殊主体，国有的，但是，这几个都是在什么过程中产生的犯罪？在对国有公司、企业经营管理当中的犯罪，大家注意了，对国有公司企业经营管理当中的犯罪行为是由公安机关立案侦查的。

第二节 级别管辖

《刑事诉讼法》

第二十条 中级人民法院管辖下列第一审刑事案件：

（一）反革命案件、危害国家安全案件；

（二）可能判处无期徒刑、死刑的普通刑事案件；

（三）外国人犯罪的刑事案件。

《刑诉法解释》

第四条 人民检察院认为可能判处无期徒刑、死刑而向中级人民法院提起公诉的普通刑事案件，中级人民法院受理后，认为不需要判处无期徒刑以上刑罚的，可以依法审理，不再交基层人民法院审理。

《刑事诉讼法》

第二十三条 上级人民法院在必要的时候，可以审判下级人民法院管辖的第一审刑事案件；下级人民法院认为案情重大、复杂需要由上级人民法院审判的第一审刑事案件，可以请求移送上一级人民法院审判。

《六机关规定》

5. 修改后的刑事诉讼法删除了原来关于“上级人民法院在必要的时候，可以把自己管辖的第一审刑事案件交由下级人民法院审判”的内容。根据这一修改，对于第一审刑事案件，依法应当由上级人民法院管辖的，不能再指定下级人民法院管辖。

审判与管辖主要包括两大类：一个是级别管辖，一个是地域管辖。首先看级别管辖。什么叫级别管辖？所谓的级别管辖，它指的是不同级别人民法院之间受理第一审刑事案件的分工。为什么级别管辖只讲第一审？讲了第一审，第二审的问题就解决了，所以，级别管辖是指不同级别之间的人民法院受理第一审刑事案件的分工。我国法院共分四级，首先看中级，中级作为重中之重。那么我们看中级的管辖范围。第一个是危害国家安全的。第二个大家要注意了，是可能判处无期徒刑、死刑。大家看，是不是一到中级人民法院就一定要判无期徒刑和死刑？不是的。所以这个地方用了一个什么词？可能。第三个经常考的，外国人犯罪案件，不是涉外案件。在这里面大家要注意，除了主体是外国人之外还要注意以下几个问题。第一，外国人包括无国籍人。第二，外国人犯罪的自诉案件，由哪个法院管辖？我举个例子，一个美国的公民，他诽谤我，他说汪某某是一个赌徒，使我受到了极大的精神伤害，难以抹平的创伤。那么在这个时候我要起诉这个外国人，在哪儿起诉？大家注意了，外国人犯罪的自诉案件，仍然是中级。第三涉港澳台的自诉案件是基层人民法院管辖。要注意区分。以上三类案件是中级人民法院管辖的。大家要注意一下，这种级别管辖是最低级别，就是说这几类案件最低是由中级人民法院管辖。如果这起案件由高级人民法院、最高人民法院管，违法不违法？不违法。

我们继续往下面看，高级人民法院管辖的是全省性重大刑事案件。那么最高人民法院管什么？全国性的重大刑事案件，也就是在全国有重大影响的。另外一点也要了解，最高人民法院的主要任务，是不是就是审判？不是的，它的任务很多，包括司法解释，包括死刑复核，当然也包括了一审，它的任务比较多。那么除了最高、高级、中级，剩下的就是哪个了？基层。这个比较简单，在这里面大家要注意这样几个问题，下面我给大家列出来了。

某中级人民法院在审理某一个案件，在审查的时候，发现被告人不可能被判处无期徒刑、死刑。检察机关起诉的时候，以为这个人有可能被判处无期徒刑、死刑，审了一半的时候，发现这个人不可能达到无期徒刑、死刑。请问，在这个时候，中级人民法院能不能继续审理？可以。这是第一个，就是上级人民法院可以审判下级人民法院审判的案件，这个没有问题。后面呢，这个法条虽然没写，但是看我们能不能解读出这个含义，就是上级人民法院能不能在这个时候把这个案件交给基层人民法院，或者是下级人民法院呢？这个时候交，有没有违背级别管辖？没有违背。所以大家注意了，中级人民法院在审判的时候，发现被告人不可能被判无期徒刑、死刑的，可以继续审理，因为上级可以审下级的，也可以把这个案件交给下级人民法院，它没有违背级别管辖。第二个，我反过来，某一个基层人民法院原来以为这个被告人不可能被判无期徒刑、死刑，受理了。在审的过程中，发现这个人的性质是很严重的，可能被判无期徒刑、死刑，请问大家，这个时候基层人民法院能不能继续审理？不能。大家注意了，因为这个是属于上一级人民法院管辖的案件范围，在刑事诉讼当中，下级人民法院不能审判上级人民法院管辖的案件，也就是说下级不能审上级的，那么为什么是这样的？这个规定与民事诉讼一样不一样？不一样。民事诉讼当中，上级人民法院在必要的时候，可以将自己的案件交给下级。为什么它的管辖就比较灵活？因为它涉及的一般是财产权，而刑事诉讼一般是人身自由的完全剥夺、长期剥夺。甚至有可能是什么？生命权的剥夺，另外一方面，上级人民法院审判的质量要比下级人民法院高，所以大家注意了，刑事诉讼当中，级别管辖非常严格，上级审下级这个没有问题，但是下级不能审上级。

那么有的时候，一个人犯了数罪以后，共同犯罪以后，有的人被判了无期徒刑、死刑，有的人是有期徒刑，甚至有缓刑，如果按照级别管辖是属于不同的级别法院管辖的，在这个时候，有一个原则叫就高不就低，一律交到上一级人民法院管辖。

第三节 地区管辖

《刑事诉讼法》

第二十四条 刑事案件由犯罪地的人民法院管辖。如果由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖。

《刑诉法解释》

第二条 犯罪地是指犯罪行为发生地。以非法占有为目的的财产犯罪，犯罪地包括犯罪行为发生地和犯罪分子实际取得财产的犯罪结果发生地。

第五条 一人犯数罪、共同犯罪和其他需要并案审理的案件，只要其中一人或者一罪属于上级人民法院管辖的，全案由上级人民法院管辖。

第六条 单位犯罪的刑事案件，由犯罪地的人民法院管辖。如果由被告单位住所地的人民法院管辖更为适宜的，可以由被告单位住所地的人民法院管辖。

《刑事诉讼法》

第二十五条 几个同级人民法院都有权管辖的案件，由最初受理的人民法院审判。在必要的时候，可以移送主要犯罪地的人民法院审判。

《刑诉法解释》

第十七条 两个以上同级人民法院都有权管辖的案件，由最初受理的人民法院管辖。尚未开庭审判的，在必要的时候，可以移送被告人主要犯罪地的人民法院审判。对管辖权发生争议的，应当在审限内协商解决；协商不成的，由争议的人民法院分别逐级报请共同的上一级人民法院指定管辖。

一、以犯罪地人民法院管辖为主，被告人居住地人民法院管辖为辅

地区管辖，又称为地域管辖，指的是同一个级别，不同地区的人民法院受理第一审刑事案件。要注意一下，它是同一个级别，但是不同地区，受理一审刑事案件。大家注意了，有个原则非常重要，就是地区管辖、地域管辖遵循一个最基本的原则，哪个？犯罪地。这个犯罪地我们把它称为犯罪行为地，这个行为地是做广义的理解还是狭义的理解呢？应该做广义的理解。举个例子，我在上海买了一把菜刀，带到北京去，把我的一个仇人杀掉了，杀掉之后，我把这个仇人的尸体放到后备箱里面运到河南去了。请问大家，我在上海买了刀，这个上海的法院有没有管辖权？这个叫什么地？预备地。大家注意了，这个行为地要做一个广义的理解，包括预备地、实施地、结果地、销赃地。司法解释就讲了侵犯财产的案件，大家看一下，以非法占有为目的的财产犯罪，行为发生地和实际取得的财产结果发生地，这两地都有管辖权，这个好理解，因为现在像银行卡、股票流动性较强，在取得财产地的那个法院也有管辖权。举例，一个国家机关工作人员，住在甲区，工作单位在乙区，那么在丙区的一个宾馆旁边收了别人的钱，受贿。请问，这个国家机关工作人员的受贿是由哪一个区的法院来管辖？乙区，也就是他的工作单位所在地。注意了，职务犯罪的，应该由单位所在地的法院管辖。这些小的东西要注意一下。一般的情况下，以犯罪地人民法院管辖为主。但是有的时候，管辖的原则性和灵活性相结合，法条又讲了，以被告人居住地。什么时候是以被告人居住地呢？我打个比方，这个人在甲地盗窃，又跑到乙地盗窃，又跑到了丙地盗窃，丁地是他的居住地管辖，在这个时候，可以由居住地管辖，像流窜作案的，或者在当地的民愤比较大的情况下，由被告人的居住地管辖是没有问题的。

二、以最初受理的人民法院审判为主，主要犯罪地人民法院审判为辅

如果几个人民法院都有管辖权的，那么由哪个法院来处理？最初受理的。当然如果有几个地方，必要的时候可以移送到主要犯罪地。

三、指定管辖

指定管辖概念比较简单，也就是说由上级人民法院指定某一个案件由下级人民法院管辖，指定管辖一般发生在管辖权明确还是不明确的情况下？不明确。也就是说甲地说这个你管，乙地说，你管，不归我管。或者说甲说归我管，我喜欢管杀人案件，乙说我也喜欢管，那么在这样的一种情况下，有可能出现一种消极的情况，大家都不想管，还有一种是积极的，大家都想管。这个时候如何来解决管辖的问题？这个时候先进行协商，甲和乙两个法院坐下来谈，各自说明管的法律依据是什么，事实依据是什么？协商，协商不成的，在这个时候怎么办？报共同的上级人民法院解决，如果这个甲、乙都是县级人民法院，它们同时又在一个市的话，在这个时候如果协商不成，由哪个法院解决？市中院。问题出来了，这个甲在A市，这个乙在B市，那么在这个时候，如果协商不成怎么办？这时候由它两个共同的上级就有可能到了省级。但是要不要层层上报？A县要不要把这个案子报到自己的上级，中院去？要不要报？要，大家注意了，要层层上报。刑事诉讼当中不存在越级的情况。必须要层层上报。另外，指定管辖产生的情形，也就是说有的情况下，管辖权虽然明确，但也有可能产生指定管辖，有没有这种情况？我举个非常简单的例子，由于这个案件的当事人是人民法院的院长，他如果是本案的当事人，再由这个法院管辖，这肯定是不公正的。这个需要说明理由，在这个时候，依照地域管辖是甲县的法院管，但是甲县法院的院长是本案的当事人，那这个时候必须要更换。同样的道理，我再举个例子，这个按照地域管辖是由乙县的法院管，没问题，也不存在侦查回避的问题。但是天发洪水，把乙县的法院冲掉了，没有乙县法院了，在这个时候，也需要指定管辖。同样，虽然有管辖权，但是客观原因不能行使管辖权，需要指定管辖，指定哪一个呢？我来举个例子，大家来看这种说法对不对？某一个副省长，由于贪污受贿被起诉了。这个副省长的案件影响很大，最少是由中级人民法院管辖。但是法律的规定，他应该是由甲市中级人民法院，但是由于这个副省长长期在甲市工作，如果由甲市法院管辖显然是不合适的，在这种情况下就产生了指定管辖。这个时候甲市中级人民法院就把这个案件报给了哪一级？省高院，如果不是跨省的话。那省高院能不能说，这个时候是指定管辖，我指定一个自己的下级C县人民法院管辖？不行。大家注意了，指定管辖不能违背级别管辖。什么意思？这个省高院只能指定什么？甲市中级人民法院的同级人民法院，而不能指定到县级了。大家记一下，指定管辖不能违背级别管辖。

第四节　专门管辖

《刑诉法解释》

第二十条　现役军人（含军内在编职工，下同）和非军人共同犯罪的，分别由军事法院和地方人民法院或者其他专门法院管辖；涉及国家军事秘密的，全案由军事法院

管辖。

第二十一条 下列案件由地方人民法院或者军事法院以外的其他专门法院管辖：

（一）非军人、随军家属在部队营区内犯罪的；

（二）军人在办理退役手续后犯罪的；

（三）现役军人入伍前犯罪的（需与服役期内犯罪一并审判的除外）；

（四）退役军人在服役期内犯罪的（犯军人违反职责罪的除外）。

一、军事法院管辖的刑事案件

专门管辖总共有几类？3类：一个是军事、铁路还有一个是海事。但是海事法院有没有刑事案件的管辖权？没有。我们重点要掌握军事法院管辖，这个也考了好多年了。军事法院管辖当中，大家要注意这样几个问题：

（一）军队与地方互涉案件

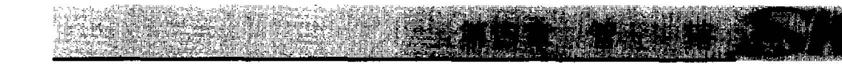
什么叫军队与地方互涉案件呢？我举个例子，周末了，普通公民去找自己的老同学，他是一个现役军人，两个人到外面去喝酒，之后闹事，把人杀了，一个普通公民和一个军人在营区外故意杀人，这个时候怎么管辖？军人是由军事法院管，还是地方法院？肯定是由军事法院管，而普通公民是由地方管。也就是说军队与地方互涉案件，分别管辖。把这个题目改一下，军人和非军人两个人去盗窃军事机密，然后卖给某个国家，请问大家，军人和非军人盗窃机密是由哪一个法院管辖？军事。只要是涉及军事秘密的，无论是普通公民还是军人一律由军事法院管辖。

（二）军人违反职责罪

军人违反军职罪的，无论他在什么时候，只要是违反军纪的一律是由军事法院管辖，这个也很好理解。下面的内容大家要作为重点，我举个例子，某一个人，他在入伍之前，偷了别人的三只黄牛，卖了，卖了之后到部队去当兵。在服役期间，发现这个人在服役之前偷牛，请问大家，对于这个盗窃罪是由哪个法院管辖？地方法院。我们改一下，这个军人在服役期间，跑到外面去偷东西，当时没发现，他退伍之后发现了，原来他偷东西，偷了1000元，这个时候由哪个法院管辖？应该由地方法院。也就是说入伍之前，退伍之后他的犯罪行为都是由地方，只有现役军人在服役期间，而且这个犯罪行为是服役期间发现的，这个时候才由军事法院管辖。要注意这些条件，特别是第一个阶段，第一个阶段要搞清楚，每一个事实要搞清楚。我把这个题目改一下，某一个军人的老婆，在营区内，与另外一个人吵架，把这个人砍成重伤，请问，这个时候由哪个法院管辖？仍然是由地方管。随军家属犯罪，在营区内的犯罪是由地方法院管辖，当然，如果这个随军家属是带编的职工，就是具有军人身份，仍然是由军事法院管。

二、铁路运输法院管辖的刑事案件

铁路法院这个大家自己看一看，就是说火车上发生的犯罪案件，以及违反铁路运输法规造成重大后果的，像偷铁轨，偷电缆这种情况下，是由铁路法院管，管辖不明的，由地方法院，而不是由铁路法院管辖。



第五节　特殊案件的管辖

《刑诉法解释》

第七条　对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内，行使刑事管辖权。

前款规定的案件由被告人被抓获地的中级人民法院管辖。

第八条　在中华人民共和国领域外的中国船舶内的犯罪，由犯罪发生后该船舶最初停泊的中国口岸所在地的人民法院管辖。

第九条　在中华人民共和国领域外的中国航空器内的犯罪，由犯罪发生后该航空器在中国最初降落地的人民法院管辖。

第十条　在国际列车上的犯罪，按照我国与相关国家签订的有关管辖协定确定管辖。没有协定的，由犯罪发生后该列车最初停靠的中国车站所在地或者目的地的铁路运输法院管辖。

第十一条　中国公民在驻外的中国使领馆内的犯罪，由该公民主管单位所在地或者他的原户籍所在地的人民法院管辖。

第十二条　中国公民在中华人民共和国领域外的犯罪，由该公民离境前的居住地或者原户籍所在地的人民法院管辖。

第十三条　外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，依照《中华人民共和国刑法》应受处罚的，由该外国人入境地的中级人民法院管辖。

第十四条　发现正在服刑的罪犯在判决宣告前还有其他犯罪没有受到审判的，由原审人民法院管辖；如果罪犯服刑地或者新发现罪的主要犯罪地的人民法院管辖更为适宜的，可以由服刑地或者新发现罪的主要犯罪地的人民法院管辖。正在服刑的罪犯在服刑期间又犯罪的，由服刑地的人民法院管辖。

正在服刑的罪犯在脱逃期间的犯罪，如果是在犯罪地捕获并发现的，由犯罪地的人民法院管辖；如果是被缉捕押解回监狱后发现的，由罪犯服刑地的人民法院管辖。

特殊案件的管辖，这个比较多，比较杂，重点掌握第 8 个和第 9 个，下面一个一个来看看。

把第 1 个和第 7 个联系起来看。第 1 个，国际公约规定的事情，大家要注意一下，公约规定的罪行，是不是说犯罪嫌疑人就一定针对的是我们国家，或者是我们国家的公民？不是的，这在国际法叫什么管辖？普遍管辖。非洲的卢旺达，要把一个种族灭了，那叫灭绝种族。反人类的罪行，像这些罪行，每个国家都有管辖权。既然是外国人犯罪，至少是由哪一级法院？中级。它是由抓获地的中级还是入境地的中级？抓获地。要注意一下，这个是以抓获地的中级法院管辖。我们看第 7 个，外国人，在领域外，对中

国和中国公民实施犯罪，跑到我国来了，它首先是哪一级？中级。是抓获地还是入境地？入境地。要注意一下。这是第 1 个和第 7 个。

看第 2 个和第 3 个。中国船舶和中国航空器。中国船舶、中国航空器在我们国际法上叫什么领土？拟制的，视为中国领土。中国船舶是由犯罪发生后最初停泊的中国口岸，航空器是在中国最初的降落地，这个很好理解。往下看第 4 个，国际列车，国际列车是不是一定就是我们中国的列车？不一定，所以大家要注意，像中国和俄罗斯对开的，这个时候有可能是中国的，有可能是俄罗斯的，在这个时候说视为中国的领土不合适，把别的国家的列车说成我们国家的领土，这个是不对的。所以在这种情况下，是先按照协议，如果没有协议的，再去找临界点，最初的停靠站是哪儿的？如果它没有最初的停靠站，直接到目的地，由目的地的法院管辖。这是第 4 个。

第 5 个、第 6 个。第 5 个是驻外领事馆内犯罪的，这个驻外领事馆内犯罪，也应当视为在我们本国的领土内犯罪。要注意一下，第一个是主管单位是谁？驻外领事馆一般都是外交工作人员，它的主管单位是谁？肯定是北京。但是，有些在北京也不一定就是外交人员，我举个例子，在使领馆内烧饭的，修空调的，这些人虽然没有主管单位，但是如果是中国公民，肯定都有一个原户籍所在地，这个是一定的，要把这个道理想通。还有一个，中国公民在领域外实施犯罪，有一些没有主管单位了，但是他肯定都有一个原户籍所在地。至少他有一个离境前的居住地。这个东西大家自己要想，自己要灵活一点，总结规律，不要死记硬背，因为死记硬背到最后还是背不熟。

第 8 个，漏罪。第 9 个，新罪。这两个罪一般的情况下，仍然遵循哪个地管辖？犯罪地管辖。漏罪原则上为原审法院，原审法院一般是犯罪地。新罪，服刑期间又犯新罪的，由哪个地？服刑地，服刑地是哪个地？犯罪地。所以这个要总结。我们再看一下，漏罪原则上为原审法院审理，如果是服刑地，新发现的主要犯罪地管辖，由该地人民法院管辖。比如说有的人在北京犯罪，把他送到新疆去改造，在改造期间，发现又有漏罪，在这种情况下，如果再把他押到北京来是很不方便的，这个时候有可能就在新疆，这个是可以的。新罪，在服刑期间犯罪的，由服刑地法院管辖，那么问题出现了，情况比较特殊，这个人在甲地服刑，服刑期间他跑到乙地去杀人，在丙地被抓住了，是由哪个法院管辖？这是一种情况。还有一种情况，他在甲地服刑，跑到乙地去杀人，在乙地当时就被擒获了。我们先看第二种情况，在甲地服刑，跑到乙地去杀人，在乙地被抓获，这个时候肯定是由哪个法院管？肯定是由乙地。因为它这个时候关在乙地。我们把前一题看看，在甲地服刑，在乙地杀人，在丙地抓获。在这种情况下，一般的情况下，有可能被关在丙地，或者从丙地押解到甲地，这个时候大家注意了，仍然遵循哪个地管辖？服刑地。只有在犯罪地被抓获的，才可以由哪个地？犯罪地。如果在其他地方被抓获呢？无论有没有送回来，都是由服刑地。

第五章　回　　避

第一节　回避的概念和适用人员

什么叫回避？就是侦检审人员与本案或者是本案的当事人之间有利害关系，或者是其他关系，可能影响案件公正、侦查起诉审判的，他不得参与案件诉讼的一种制度。

回避的适用原则就是指哪些人可以适用回避。代表国家的人都适用回避，公安、司法人员，以及书记员，注意了，后面还有鉴定人、翻译人和勘验人员都属于回避的对象。请问大家，对于辩护人、诉讼代理人能不能提出回避要求？不能。因为他本身就是代表一方的利益，带有倾向性。对于证人能不能适用回避？不可以。证人不适用回避。

第二节　回避的理由

《刑事诉讼法》

第二十八条　审判人员、检察人员、侦查人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人及其法定代理人也有权要求他们回避：

（一）是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；

（二）本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；

（三）担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的；

（四）与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。

《最高人民法院关于审判人员严格执行回避的制度的若干规定》❶

第一条　审判人员具有下列情形之一的，应当自行回避，当事人及其法定代理人也有权要求他们回避：

（一）是本案的当事人或者与当事人有直系血亲、三代以内旁系血亲及姻亲关系的；

（二）本人或者其近亲属与本案有利害关系的；

（三）担任过本案的证人、鉴定人、勘验人、辩护人、诉讼代理人的；

（四）与本案的诉讼代理人、辩护人有夫妻、父母、子女或者同胞兄弟姐妹关系的；

（五）本人与本案当事人之间存在其他利害关系，可能影响案件公正处理的。

第三条　凡在一个审判程序中参与过本案审判工作的审判人员，不得再参与该案其他程序的审判。

---

❶ 以下简称《回避规定》。2001 年 1 月 31 日颁布实施，法发［2005］5 号。

第四条 审判人员及法院其他工作人员离任二年内，担任诉讼代理人或者辩护人的，人民法院不予准许；审判人员及法院其他工作人员离任二年后，担任原任职法院审理案件的诉讼代理人或者辩护人，对方当事人认为可能影响公正审判而提出异议的，人民法院应当支持，不予准许本院离任人员担任诉讼代理人或者辩护人。但是作为当事人的近亲属或者监护人代理诉讼或者进行辩护的除外。

第五条 审判人员及法院其他工作人员的配偶、子女或者父母，担任其所在法院审理案件的诉讼代理人或者辩护人的，人民法院不予准许。

第六条 第二审人民法院发现或者根据当事人、诉讼代理人、辩护人的举报，认为第一审人民法院的审理有违反本规定第一条至第三条所列情形之一的，经核查属实，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。

《刑诉法解释》

第二十三条 审判委员会委员、合议庭组成人员及独任审判员有刑事诉讼法第二十八条、第二十九条所列情形之一的，应当自行回避；当事人和他们的法定代理人也有权申请上列人员回避。

第三十一条 参加过本案侦查、起诉的侦查、检察人员，如果调至人民法院工作，不得担任本案的审判人员。

凡在一个审判程序中参与过本案审判工作的合议庭组成人员，不得再参与本案其他程序的审判。

第三十二条 上述有关回避的规定，适用于法庭书记员、翻译人员和鉴定人。其回避问题由人民法院院长决定。

《刑事诉讼法》

第二十九条 审判人员、检察人员、侦查人员不得接受当事人及其委托的人的请客送礼，不得违反规定会见当事人及其委托的人。

审判人员、检察人员、侦查人员违反前款规定的，应当依法追究法律责任。当事人及其法定代理人有权要求他们回避。

《回避规定》

第二条 审判人员具有下列情形之一的，当事人及其法定代理人有权要求回避，但应当提供相关证据材料：

（一）未经批准，私下会见本案一方当事人及其代理人、辩护人的；

（二）为本案当事人推荐、介绍代理人、辩护人，或者为律师、其他人员介绍办理该案件的；

（三）接受本案当事人及其委托的人的财物、其他利益，或者要求当事人及其委托的人报销费用的；

（四）接受本案当事人及其委托的人的宴请，或者参加由其支付费用的各项活动的；

（五）向本案当事人及其委托的人借款、借用交通工具、通讯工具或者其他物品，或者接受当事人及其委托的人在购买商品、装修住房以及其他方面给予的好处的。

回避的理由是刑诉法第28条、29条。

一、是本案的当事人或者当事人近亲属

本案的当事人或者当事人近亲属，很显然不能参与本案的侦查、起诉、审判。请问，近亲属的范围包括几个？上面是什么？父母，下面是什么？子女。平辈的是配偶、同胞兄弟姐妹。

二、本人或者其近亲属与本案有利害关系的

（略）

三、担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的

担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的，因为当证人的身份与其他人的身份发生冲突的时候，他只能选择做证人，证人具有优先性，还具有不可替代性。鉴定人的道理是一样的。辩护人和诉讼代理人的道理是一样的，在诉讼当中他是具有倾向性的，是不可能作与公安、司法相关的职务的。有一年出了这样一道题目。某一个被告人是一个聋哑人，他要求懂得自己哑语（手势）的姐姐作为自己的辩护人并且担任翻译。请问大家，下列选项正确的是：A. 可以做辩护人。B. 可以做翻译人。C. 既可以做辩护人，也可以做翻译人。D. 都不行。A. 可以做辩护人对不对？对。B. 可以做翻译人员。可以不可以？不可以。翻译人员适用不适用回避？适用。他是本案的近亲属，当事人的近亲属，所以大家要注意了，就是做题目一定要小心，一定要找到根据。这时能做辩护人不能做翻译人员。

四、本人与本案当事人之间存在其他关系，可能影响案件公正处理的

大家注意了，看这句话是怎么表达的？本人与本案的当事人之间存在其他关系，有没有利害关系？没有利害关系，但是它后面加了一句什么话？可能影响案件公正处理的。所以这个时候做题要小心了，看它有没有给一个相应的暗含可能影响案件公正审理的信息。举个例子，下列人员应当回避的是：甲是被告人，乙是本案的审判人员，甲乙是初中时候的同学。那么乙回避不回避？他们两个仅仅是什么关系？同学关系。有没有暗含可能影响案件的公正处理？没有。既然没有就是不适用。如果它后面加了一句话，两个人是好朋友，回避不回避？回避。这个好朋友就暗含了可能影响案件公正处理。这是刑诉法第28条规定的4种回避理由。

五、审判人员、检察人员、侦查人员不得接受当事人及其委托的人的请客送礼，不得违反规定会见当事人及其委托的人

侦、检、审人员接受当事人请客送礼或者是违反了规定会见当事人及其委托人的，请

问大家，我如果给审判人员送礼了，审判人员仍然是秉公执法，就是收钱不办事，这时候回避不回避？当然回避了。或者说我打了一个电话给法官，说张法官，我到你的办公室去，把这个案情谈一谈，你今天有没有时间。张法官说我没有时间，今天晚上你到我家来吧。晚上我拎着财物到他家去汇报情况，谈完了之后我走了。请问大家，这个法官回避不回避？回避。这个地方大家注意了，只要违反程序，不管他有没有徇私枉法，有没有贪赃枉法，都要回避。只要是违反程序了，一律回避，不需要其他的理由。这个主要是跟我们程序相关的问题。第 29 条也很好理解，关键是最后一个回避的理由，这个经常考的。

六、凡在一个程序中参与过本案工作的人员，不得再参与该案其他程序的处理。（发回重审的情形、调职、同一阶段的前后程序）

先听几个例子感受一下。某一个警察，他参与了本案的侦查，后来通过国家司法资格考试调到检察院，请问大家，担任过本案侦查工作的警察到检察院工作，能不能参与本案的审查起诉？能不能担任本案的审查、批准逮捕工作？不能。同理，如果这个人原来是一个检察院的检察员，后来调到法院去担任法官，他参与了本案的审查起诉工作，能不能再参与本案的审判工作？不能。原来这个法官是基层人民法院的法官，后来高升了，到上级人民法院做法官，他参与了本案的一审能不能再参与本案的二审？还有一些情况，就是在二审当中，如果发现有一些特殊的情况，就像前面讲的程序不公，事实不清，证据不足，可以或者是应当发回重审。那么发回到基层人民法院或者是原审人民法院重审的时候，原来的合议庭人员能不能再参与本案的审判工作？不能。包括书记员都不行。再举个例子，如果检察院作了不批准逮捕的决定，公安机关不服，它可以要求检察院复议。那么原来的检察机关复议的时候，作出不批准逮捕决定的检察员还能不能再参与到这个案件的复议工作？不能。用一句话给大家总结，程序只能参加一次。

第三节　回避的种类

回避的种类，这个比较简单，就是按照回避提起方式不同，可以把回避分为三种：一个是自行回避，一个是申请回避，一个是职权回避。什么叫自行回避？就是符合上述回避理由的侦、检、审人员，主动地提出不参与本案的侦查、起诉或者是审判活动。申请回避就是有申请权的人，要求与本案有利害关系，或者是其他关系的人，不得参与本案的侦查、起诉或者是审判活动。职权回避，就是有回避决定权的人或者是机构要求与本案有利害关系或者是其他关系，可能影响本案公正审理的人不得参与本案的侦查、起诉、审判活动。我们重点掌握第四节，回避的程序。

第四节　回避的程序

《刑事诉讼法》

第三十条　审判人员、检察人员、侦查人员的回避，应当分别由院长、检察长、公

安机关负责人决定；院长的回避，由本院审判委员会决定；检察长和公安机关负责人的回避，由同级人民检察院检察委员会决定。

对侦查人员的回避作出决定前，侦查人员不能停止对案件的侦查。

对驳回申请回避的决定，当事人及其法定代理人可以申请复议一次。

《刑诉法解释》

第二十五条 当事人和他们的法定代理人申请人民法院院长回避或者院长自行回避的，应当由审判委员会讨论决定，并将决定告知申请人。审判委员会讨论院长回避问题时，由副院长主持，院长不得参加。

第二十八条 被决定回避的人员对决定有异议的，可以在恢复庭审前申请复议一次；被驳回回避申请的当事人及其法定代理人对决定有异议的，可以当庭申请复议一次。

第二十九条 不属于刑事诉讼法第二十八条、第二十九条所列情形的回避申请，由法庭当庭驳回，并不得申请复议。

第三十条 当事人及其法定代理人对出庭的检察人员、书记员提出回避申请的，人民法院应当通知指派该检察人员出庭的人民检察院，由该院检察长或者检察委员会决定。

《六机关规定》

8. 刑事诉讼法第三十条和第三十一条规定，书记员、翻译人员和鉴定人员的回避，由人民法院院长决定。根据这一规定，上述人员的回避不能由审判长决定。

一、申请回避的主体：当事人及其法定代理人（注意：辩护人和代理人没有此权利，只能代为行使）

申请回避权的主体，这个要作为一个重点，有权申请回避的人，仅限于当事人及其法定代理人，包括不包括近亲属？不包括。那么辩护人和诉讼代理人有没有权利行使？没有。辩护人和诉讼代理人如果要行使，必须要授权，本质上仍然是当事人行使。

二、时间（任何诉讼阶段）

在什么时候，这些人有权提出回避的申请？在任何诉讼阶段，或者在整个诉讼阶段，都可以提出回避申请。

三、申请回避的方式

既可以是书面的，也可以是口头的。

四、回避的决定权主体

作为三个不同的机关，首先看法院，法院院长的回避是由哪个决定的？审判委员

会，除了法院院长的回避是由审判委员会决定，其他人的回避，一律是由院长决定。大家要注意三个小问题，第一个，书记员、鉴定人、翻译人员的回避是由哪个决定？院长。民事诉讼当中是由哪一个？审判长。这个地方是有区别的。第二个，副院长的回避，审判委员会的委员回避，由哪个决定？院长。第三个，审判委员会讨论院长的回避，院长能不能参加？不能参加。检察院检察长的回避，必须由哪个决定？检察委员会。除了检察长的回避是由检察委员会决定之外，其他人的回避一律是由检察长决定。公安机关负责人的回避是由哪个决定？同级人民检察院的检察委员会决定，其他的一律是由公安机关的负责人决定。大家注意了，公安机关的负责人有可能是正级，也有可能是副级，分管这一块的就行。

五、申请的效果：无法定理由回避，当庭驳回（不得复议）；审查原则上程序停止，但侦查人员例外（在此之前证据和诉讼行为的效力）（重点）

在我们国家，回避必须要有法定的理由，如果没有法定的理由，所谓的无因回避在我国刑诉法中是没有规定的。首先做一个题目，这个题目虽然是老一点的题目，但是把这个题目掌握了，也就基本上差不多了。在审判阶段，检察院聘请了公安机关的一个法医出庭作为鉴定人，在审判过程中，被告人要求鉴定人回避，他的理由是鉴定人收了被害人的礼，请问大家，这个时候，鉴定人的回避是由哪一个来决定？是法院的院长还是检察院的检察长，还是公安机关的负责人？我前面讲了，他是哪一个的鉴定人？是哪个聘请他为鉴定人的？检察院。他是检察院的鉴定人，所以由谁来决定？检察长来决定。也就是说谁聘请谁决定，这一点大家要记一下。我把题目改一下，审判阶段，检察院聘请了公安机关的一个法医出庭作为鉴定人，结果被告人要求鉴定人回避，他的理由是，这个鉴定人的水平太低，不要他做鉴定人，要换一个水平高的。请问如何处理？我把题目再换一下，审判阶段，被告人要求审判长回避，他的理由是审判长对他的态度不恶劣，有不和蔼的口气。水平低、态度不好是不是法定理由？不是，既然不是法定理由怎么样？当庭驳回，合议庭当庭驳回，如果是独任审判的话，是独任庭当庭驳回。如果没有法定的理由，当庭驳回，允许不允许他复议？不允许。如果有法定理由被驳回了，允许不允许他复议？允许，允许几次？一次，向哪个机关复议？原决定机关。

在侦查阶段，提出有法定理由的回避，侦查程序停止不停止？不停止。为什么？因为侦查有一个原则叫及时效力，它一旦停止之后，犯罪嫌疑人就有可能逃跑，证据有可能灭失，所以大家记住了，侦查程序不停止，而审查起诉和审判，如果提起了一个法定的理由回避，审查起诉和审判工作暂停不暂停？暂停。它的道理不一样，一个是效率，一个是公正。侦查人员最后被决定回避了，他在回避之前肯定进行了相关的诉讼行为，并且还有可能收集了一些相关的证据。那么他回避之前，所进行的相关的诉讼行为，包括他搜集的证据是否有效？有效还是无效？大家注意了，既不是有效，也不是无效，是什么？效力待定。那么由谁来决定呢？如果最后回避的是公安局长，公安局长在回避之前，所进行的相关侦查是否有效由谁决定？同级人民检察院的检察委员会，如果是一般的侦查人员，由谁来决定？公安机关的负责人。换句话说，由有回避决定权的人或者是机构（检察委员会）来决定这个证据和诉讼行为的效力，这是回避的问题。

第六章　辩护与代理

我强调一下，辩护这一章是刑诉法的热点之一，尤其是新修订《律师法》的出台，其中涉及律师的阅卷权，调查取证权，不被监听的一些新规定，将成为考试的重点。所以辩护这一章，希望每一个点，尤其是我一再强调的地方，还是要注意一下。

第一节　辩护人

《刑事诉讼法》

第三十五条　辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

一、概念

什么叫辩护人，这个定义不需要背，但是要理解一些基本的东西，像前面讲的，我们国家刑事诉讼有三个基本职能，一个是审判，第二个是控诉，第三个是辩护。辩护是与控诉相对应的，那么怎样理解辩护人的概念呢？

（一）*辩护的依据*

它是依据犯罪嫌疑人的委托授权，还是依据事实和法律？依据事实和法律。他对事实和法律负责，但是换句话说，辩护人对事实和法律负责，检察机关、法院也是对事实和法律负责，它们有什么不同呢？辩护和控诉是相对应的，那么在司法实践当中，做律师的和做辩护人的，遇到犯罪嫌疑人或被告人，要跟他讲明这个职能，要讲明身份，说我们参加刑事诉讼是为了你们的利益，但是有一个前提，你必须如实向我陈述案情，如果隐瞒了事实的真相，可能导致辩护人拒绝辩护。司法实践当中有一种什么情况呢？犯罪嫌疑人想，自己的保护神来了，他说我跟你讲，很多情况公安机关都不知道，我告诉你，或者还有什么情况，他讲的得意之时，说3年前，那个案件也是我干的，公安机关现在还没破呢，你作为他的辩护人，你能对他说，你等会儿，我得对事实和法律负责任，我到公安局去一趟！如果这个时候他到公安局告发这个人，或者向公安局或者向检察机关揭露一些他们还没掌握的一些东西，这个时候辩护人行使的是什么职权？是不是辩护人？不是。恰恰相反，他行使的是控诉职能。这个大家要注意了，这点做法是绝对禁止的，如果辩护有可能使一个案件导致后来发现了几十宗罪，让这个有罪的人得到了处罚，那他破坏的就是整个的律师制度。那么，当事人和辩护人之间的信任关系就没有

了。所以大家要注意。

（二）辩护人在诉讼当中只能做有利于被追诉人的事

（三）必须是合法的事项

辩护人维护的必须是什么利益？合法利益。而不能说犯罪嫌疑人让辩护人送些礼给法官、检察官，辩护人就送，这个是违法的。委托事项违法，利用委托人从事非法事项，也有可能导致拒绝辩护。辩护人拒绝辩护只有两种情况，一个是隐瞒事实真相，还有一个是委托事项违法，所以只能维护他的合法权益。

（四）从实体和程序上辩护

注意了，刑事诉讼法第35条，辩护人的职责是什么呢？是依据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者是减轻、免除刑事责任的材料和意见。有罪、无罪，罪轻、减轻、免除刑事责任，这些都是实体内容。大家注意了，辩护人辩护，不仅在实体方面为犯罪嫌疑人、被告人辩护，而且还要从什么方面为犯罪嫌疑人、被告人辩护？程序方面。什么叫程序性辩护？我举个非常简单的例子，在辩护的过程中，在会见犯罪嫌疑人的时候，犯罪嫌疑人对我说，辩护人，你看他们打我了，伤还在这里，要不要向公检法机关提出来？当然要。所以大家注意了，辩护不仅限于实体，而且还包括程序方面。

二、时间

辩护人产生的时间要区分两类案件，一个是公诉案件，一个是自诉案件。这个讲了很多次了，不再重复了，但是非常重要。

三、人数

在刑事诉讼当中，犯罪嫌疑人、被告人可以请多少个辩护人为其进行辩护？我说我家里有钱，我把北京这些有名的律师都请来。行不行？显然是不行的。在我们国家，辩护人的人数限1～2人。同时大家还要注意一下，一个律师能不能为同案犯罪嫌疑人或两个一审的同案犯罪嫌疑人做辩护人？不行，因为他们之间有利害冲突。

第二节　辩护人的范围

《刑事诉讼法》

第三十二条　犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辩护权以外，还可以委托一至二人作为辩护人。下列的人可以被委托为辩护人：

（一）律师；

（二）人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人；

（三）犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友。

正在被执行刑罚或者依法被剥夺、限制人身自由的人，不得担任辩护人。

《刑诉法解释》

第三十三条 人民法院审判案件过程中，应当充分保证被告人行使刑事诉讼法第三十二条规定的辩护权利。但下列人员不得被委托担任辩护人：

（一）被宣告缓刑和刑罚尚未执行完毕的人；

（二）依法被剥夺、限制人身自由的人；

（三）无行为能力或者限制行为能力的人；

（四）人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、监狱的现职人员；

（五）本院的人民陪审员；

（六）与本案审理结果有利害关系的人；

（七）外国人或者无国籍人。

前款第（四）、（五）、（六）、（七）项规定的人员，如果是被告人的近亲属或者监护人，由被告人委托担任辩护人的，人民法院可以准许。

一、可以担任辩护人的范围

哪些人可以担任辩护人？三类人：第一个是律师。第二个是人民团体或者是犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人。这个很好理解。像有些妇女受虐待，奋起反抗，拿起刀把自己的丈夫给杀了，在这个时候，妇联就出面了，说给你请一个辩护人，这是可以的。第三个大家注意了，监护人或者是近亲属还是亲友？亲友。所以大家想一下，这个辩护人的范围是广还是窄？广。亲友，四海之内皆兄弟，所以，辩护人的范围非常的广。同时，诉讼代理人的范围与辩护人相同。换句话说哪些人可以做辩护人，同样相对应的，他们也可以作为诉讼代理人。在这里面有一个问题需要大家注意一下，律师能不能请外国律师？不能，请律师只能请中国的律师。有的人问了，如果是一个美国公民，外国人能不能请外国的律师？这是一个真题，说美国公民在中国受审，他可以请哪些人做自己的辩护人？A. 中国律师。可不可以？可以。B. 中国公民。可以。C. 美国律师。D. 美国公民。请律师只能请中国律师，美国律师不行。有的同学说，美国律师有可能是他的近亲属？题中没有说，就不要去管它。这里仅仅是考外国律师能不能在我们国家以律师的身份来参加诉讼。D. 美国公民。就是说，美国公民是被告人的好朋友，我们马上要学，外国公民不能作为辩护人，除非他是近亲属，但是在这个地方有没有讲近亲属？没有，没有就不要去考虑。做题目要把握住它的考点在什么地方。

二、不得被委托担任辩护人

我们从反面看，哪些人不能作为辩护人？这个非常重要，经常考的。我们做题目。下列人中可以作为辩护人的是：A. 被告人的父亲。他的父亲主刑已经执行完毕，正在被剥夺政治权利。行不行？不行。刑罚包括主刑和附加刑。B. 被告人请他的母亲作为他的辩护人。他的母亲因为另外一个案件被取保候审。可以不可以？不可以，她是什么？被限制人身自由的人。C. 被告人想请他的姐姐作为自己的辩护人，他的姐姐精通

法律，是间歇性精神病人。你不明确审判的时候她的精神状态到底是怎么样，限制行为能力人一定要排除。D. 被告人想请他的哥哥作为自己的辩护人，他的哥哥是另外一个人民法院的院长。可不可以？可以。法官、检察官、公安人员一般情况下是不可以的，但是什么情况下可以？近亲属。被告人想请他的姐姐作为自己的辩护人，他的姐姐是这个审判法院的法警。就在这个法院工作。可以不可以？可以，是近亲属。被告人想请他的叔叔做自己的辩护人，他的叔叔是日籍华人。可以不可以？日籍华人是指哪个国家的人？日本人。他是外国人，像叔叔关系非常亲近，但是不是近亲属？不是近亲属，这个大家注意了，这每个点大家要搞清楚。(一)、(二)、(三) 是绝对排除。(四)、(五)、(六)、(七) 叫相对排除。还有第 6 个，与本案审理结果有利害关系的人，我举个例子，甲乙两人共同把丙伤害了，结果甲是主犯，乙是从犯或者是胁从犯，由于将这个人打成轻伤，最后检察机关就没有追究乙的刑事责任，所以被告人只有几个？1 个，甲。现实生活中有没有这个情况？有，两个人共同伤害，只起诉其中的一个人。请问大家，在这个时候乙能不能作为甲的辩护人？一般情况下可不可以？不可以，因为他是与本案审理结果有利害关系的人。在这样的过程中，为了使自己逃避责任，甚至有可能是刑事方面的责任，乙有可能把责任都推给甲，还有一种情况，即使不追究乙的刑事责任，还要追究他的民事责任，所以与本案审理结果有利害关系的人，一般情况下不能做辩护人，除非是他的近亲属。这是法条、司法解释当中所讲的，还有其他的几种情况，但是它不属于讲课的内容。它讲的是律师在担任人大常委会委员期间，能不能执业？不能执业。但是如果是他的近亲属作为犯罪嫌疑人或被告人，他可不可以做辩护人？可以。这个道理与公检法都是一样的。这是不得担任辩护人的范围，希望大家作为重点。

第三节　辩护人的诉讼地位与职责

一、独立的诉讼参与人

辩护人是独立的诉讼参与人，这个比较好理解。第 1 个，他独立于法院、检察院。也就是说，他辩护的时候，依据是事实和法律，而不是法院或者是检察院的指示。第 2 个比较难一点，辩护人独立于犯罪嫌疑人、被告人。就是说当辩护意见不一致的情况下，犯罪嫌疑人说，你要给我做无罪辩护，而辩护人说，你这个行为已经构成犯罪了，我只能给你做罪轻辩护。那么这个时候辩护意见就发生冲突了，怎么处理？他可以协商。一方说服另外一方，被告人还可以怎么样？拒绝这个辩护人辩护。因为被告人拒绝辩护人辩护，在一般情况下是不需要理由的。现在他们协商不成，他又不解除委托关系，说我还要你做我的辩护人，但是你要按我的意见办，行不行？不行，被告人认为自己无罪，他要辩护人给他做无罪辩护，辩护人认为这个人有罪，可以给他做罪轻辩护，发生冲突了，这个时候听哪一个的？我刚才讲的，辩护人辩护的依据，是依据受托人的委托还是依据事实和法律？事实和法律。这个时候他基于事实和法律的职责，当出现这种情况的时候，可以各自辩各自的。为什么？犯罪嫌疑人、被告人能不能自己为自己辩护？可以。而辩护人依据事实和法律为他辩护，也是可以的。这种情况出现最多是哪一种辩护？这个辩护人是怎么产生的？指定辩护。

二、犯罪嫌疑人、被告人合法权益的专门维护者

第一方面，只能维护什么利益？合法利益。非法利益是不能维护的，这个大家都知道。第二方面要理解这个“专门”，怎么样来理解这个“专门”呢？我们知道，检察机关在刑事诉讼当中是否维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益？维护。我举个非常简单的例子，在后面我们要讲抗诉，抗诉在司法实践当中，一般都是不利于被告人的。按照法律的规定，如果检察机关认为法院的一审判决对这个被告人判重了，检察院抗诉。这个时候他显然是为了维护被告人的合法利益。同样的道理，在审查起诉阶段，检察机关收到移送审查起诉的材料几天以内要告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人呢？3 天之内。他要告诉犯罪嫌疑人有权委托辩护人。这都是检察机关维护犯罪嫌疑人、被告人的合法利益的体现。但是，换句话说，检察机关要参与到刑事诉讼当中去，它的目的是不是仅仅为了维护犯罪嫌疑人、被告人的立法权益？不是的。它主要是行使什么职能？控诉职能、法律监督职能。同样的道理，法院在诉讼当中维护不维护犯罪嫌疑人、被告人的合法利益？维护。在有些情况下，法院是可以为被告人指定辩护人，但是有些情况下，法院是应当为其指定辩护人。法院在刑事诉讼当中，它参与到刑事诉讼当中去，它的目的是不是为了维护被告人、犯罪嫌疑人的合法利益？不是。它要行使什么职能？审判职能，要解决这个纠纷。所以大家注意了，只有哪一个人参加到刑事诉讼当中的唯一目的，就是为了维护犯罪嫌疑人、被告人的合法利益？辩护人。所以他是合法利益的专门维护者。

第四节　辩护人的诉讼权利和义务

《刑事诉讼法》

第九十六条　犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告。犯罪嫌疑人被逮捕的，聘请的律师可以为其申请取保候审。涉及国家秘密的案件，犯罪嫌疑人聘请律师，应当经侦查机关批准。

受委托的律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名，可以会见在押的犯罪嫌疑人，向犯罪嫌疑人了解有关案件情况。律师会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准。

第三十六条　辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料，可以同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。其他辩护人经人民检察院许可，也可以查阅、摘抄、复制上述材料，同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。

辩护律师自人民法院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料，可以同在押的被告人会见和通信。其他辩护人经人民法院许可，也可以查阅、摘抄、复制上述材料，同在押的被告人会见和通信。

《中华人民共和国律师法》[1]

第三十四条 受委托的律师自案件审查起诉之日起，有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书及案卷材料。受委托的律师自案件被人民法院受理之日起，有权查阅、摘抄和复制与案件有关的所有材料。

《刑事诉讼法》

第三十七条 辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。

辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。

《律师法》

第三十五条 受委托的律师根据案情的需要，可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据或者申请人民法院通知证人出庭作证。

律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。

辩护人的诉讼权利作为重中之重。我们知道，按照辩护人是否具有律师的身份，可以把辩护人分为两类：一个叫律师辩护人，另一个叫非律师辩护人。显而易见，哪一个辩护人的范围和权利更广？律师辩护人。

一、辩护人的诉讼权利

下面我们来看看辩护人享有哪些权利。

（1）独立的辩护权，无论是律师还是非律师都享有。

（2）阅卷权和会见通信权。

这个作为重点，一定要掌握。阅卷权体现在两个阶段：一个是审查起诉阶段，一个是审判阶段。注意，新出台的《律师法》第34条的规定："受委托的律师自案件审查起诉之日起，有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书及案卷材料。受委托的律师自案件被人民法院受理之日起，有权查阅、摘抄和复制与案件有关的所有材料。"它与《刑事诉讼法》第36条的规定，在审查起诉阶段，查阅的是本案的诉讼文书、技术性鉴定材料不同，《律师法》规定在审查起诉阶段辩护律师可以查阅的材料不再限于程序

---

[1] 以下简称《律师法》。1996年5月15日第八届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过，根据2001年12月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议《关于修改〈中华人民共和国律师法〉的决定》修正，2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议修订。

性的材料，而是与案件有关的诉讼文书及案卷材料。大家要作为重点记一下。在审判阶段是不是所有的审判阶段的材料都给被告人看呢？不是，还有例外，一个是合议庭讨论结论，另外一个是其他犯罪的线索材料。那么为什么合议庭的讨论笔录不给辩护人看呢？因为合议庭的讨论是公开的，还是不公开的？不公开的。那么为什么其他案件的线索材料不给辩护人看？这个道理更加简单，防止对另外的案件造成影响，甚至破坏侦查，为其他的犯罪人通风报信，所以大家注意了，只有这两个不能看。再看其他辩护人与律师辩护人的区别，非律师辩护人能不能阅卷，会见通信？可以，但是要经过批准。这是阅卷和会见通信。

（3）调查取证。

第一个大家要明确一下，非律师辩护人，有没有调查取证权？没有。首先，非律师辩护人没有调查取证权，所以有律师资格和没有律师资格，还是有区别的。也就是说如果我没有律师证，我能不能做辩护人或者做代理人？可以。但是他的权利要少。其次，我能不能以营利为目的？我是政法大学的老师，我没有律师证，但是我精通刑法、刑诉法，我说我虽然不是律师，但是我的水平比其他的律师还高，我收你的钱，我跟其他律师一样，甚至比其他律师的水平更高，可不可以？不可以。因为非律师如果做辩护人，做代理人，能不能以营利为目的？不能。第一个大家要注意了，非律师辩护人，没有调查取证权。第二个，辩护律师向证人和有关单位收集证据。注意新出台的《律师法》第35条的规定，“受委托的律师根据案情的需要，可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据或者申请人民法院通知证人出庭作证。律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。”该条规定赋予了律师直接的调查取证权，旨在解决实践中律师调查取证难的问题，与《刑诉法》第37条第2款的规定，“辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料”不同，大家要注意区分，这是《律师法》一个非常重大的变化，一定要重点掌握。第三个，辩护人申请法院、检察院调查取证。法院、检察院能不能发一个决定调查取证决定书，让辩护人去调查取证，不能。必须是什么？法院、检察院自己去。大家注意了，辩护人申请法院、检察院调查取证，法院、检察院必须要自己去，而不能发放调查决定书，让辩护人去取证。

（4）提出意见权。就是针对侵犯自己的权利的。

（5）获得通知权，就是什么时候开庭。

（6）法庭调查和法庭辩论的权利。

（7）经被告人同意，提出上诉的权利。

作为重点。请问大家，哪一个人，在诉讼当中也享有同等的，就是同样的权利？被告人的近亲属，不是法定代理人，因为法定代理人享有什么？独立的上诉权。

（8）申请取保候审的权利，解除超期羁押的权利。

非律师辩护人，在一般的情况下，有没有申请取保候审的权利？没有。哪些人享有申请取保候审的权利呢？总结一下。犯罪嫌疑人、被告人本人行不行？当然可以。法定代理人行不行？可以。近亲属可不可以？可以。还包括律师辩护人。注意了，言外之



意，非律师辩护人在一般的情况下，能不能申请取保候审？不能。这是申请取保候审的权利。那么哪些人有申请解除超期羁押的权利呢？除了前面那些人再加一个什么人？非律师辩护人。非律师辩护人，只有强制措施超过法定期限的这种情况下，有权申请变更或者是解除这个强制措施。

(9) 代理犯罪嫌疑人、被告人提出申诉控告，这个是代理。

(10) 拒绝辩护。

辩护人拒绝辩护只能在几种情况？两种：一个是隐瞒事实真相，一个是委托事项违法。

重点掌握（二）、（三）、（七）、（八），看一下往年的试题。包括后面我要讲的第三个律师诉讼权利。基本上每一年都有，而且它的题肯定不止一个。

二、律师的义务

律师的义务大家自己看一看，不得帮助、隐匿、毁灭、伪造证据，不得威胁证人改变证言，不得私自收费，这个代理费是由哪个收？律师事务所。

三、侦查阶段律师所享有的诉讼权利

这个作为重中之重。辩护人与侦查阶段的律师的区别。首先要明确一点，侦查阶段律师，他的地位或者身份，是不是辩护人？不是。他叫什么？提供法律帮助的人。首先看二者产生的时间有什么不同？辩护人产生的时间分为公诉案件和自诉案件。那么侦查阶段什么时候律师可以介入侦查呢？第一次讯问后，或者是采取强制措施之日起。第二个，是否必须要具备律师的身份？介入侦查的只能是什么？只能是律师，非律师是不行的。但是我们前面讲了，辩护人是不是只有律师才能担任？不是。总共有几类？刚才讲的三类：除了律师以外还有哪一个？社会团体、犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人，还有一个是什么？监护人或者是亲友。辩护人享有哪些权利，上面已经讲了，这个不需要全部背熟，但是刚才讲的重点的东西一定要背，每一个都要背。关键是律师在侦查阶段，享有哪些权利，每一个都要记清楚，刑诉法第96条作为重点法条。我有一句名言：叫刑诉法第96条考的几率是96%，肯定会考。刑诉法第96条，它规定了侦查阶段律师享有提供法律咨询，代理申诉控告，申请取保候审，了解涉及的罪名，会见在押的犯罪嫌疑人的权利。总共是5项，把它记住。

在侦查阶段，律师能不能阅卷？有没有阅卷权？没有。有没有调查取证权呢？没有，这个是非常重要的区别。

第五节　辩护的种类

《刑事诉讼法》

第三十四条　公诉人出庭公诉的案件，被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩

护人的，人民法院可以指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

《刑诉法解释》

第三十六条 被告人没有委托辩护人而具有下列情形之一的，人民法院应当为其指定辩护人：

（一）盲、聋、哑人或者限制行为能力的人；

（二）开庭审理时不满十八周岁的未成年人；

（三）可能被判处死刑的人。

第三十七条 被告人没有委托辩护人而具有下列情形之一的，人民法院可以为其指定辩护人：

（一）符合当地政府规定的经济困难标准的；

（二）本人确无经济来源，其家庭经济状况无法查明的；

（三）本人确无经济来源，其家属经多次劝说仍不愿为其承担辩护律师费用的；

（四）共同犯罪案件中，其他被告人已委托辩护人的；

（五）具有外国国籍的；

（六）案件有重大社会影响的；

（七）人民法院认为起诉意见和移送的案件证据材料可能影响正确定罪量刑的。

一、自行辩护

这个很好理解，什么叫自行辩护？自己为自己辩护。

二、委托辩护（公诉案件与自诉案件）

委托辩护，就是指委托律师或者是其他人给自己辩护，它分为公诉案件和自诉案件。

三、指定辩护（存在的阶段；指定的主体；被指定的对象）

什么叫指定辩护？就是在审判阶段，人民法院对于被告人没有委托辩护人的，可以根据法律的规定，为被告人指定律师为其辩护。这样的一个制度叫指定辩护。指定辩护按照法律的规定，分为两类：一个是可以指定。一个是应当指定。在哪些情况下，被告人如果没有辩护人，法院应当为他指定，要作为重中之重。四种，哪四种？第一个是什么？盲聋哑。第二个是限制行为能力人。第三个是审判时被告人是未成年人的。第四个，是可能判处死刑的，没有无期。请问中级人民法院管辖的范围是什么？第一个是危害国家安全。第二个是可能判处无期徒刑、死刑的。第三个外国人。是涉外还是外国

人？外国人犯罪。大家要注意了，有的同学理解出现偏差了，盲聋哑是不是刑法上的理解？盲聋哑是不是必须又聋又哑？只要有一个就行了。第二个，限制行为能力，有人说，法条有没有问题？它说是限制行为能力的人，为什么不可以为无行为能力的人指定呢？如果他是无行为能力人，能不能对他进行审判？不能。必须要等到他恢复行为能力之后。其他的不要背，剩下的都可以。像什么基于困难，外国人，共同犯罪案件，有的被告人被指定了，他没有被指定。或者检察机关它提供的证据有可能怎么怎么样，都不要背，就背应当的就行，剩下的都是可以。

请听题。在审查起诉阶段，检察院发现犯罪嫌疑人可能判处死刑。但是这个犯罪嫌疑人没有委托辩护人，检察机关应当为他提供一个辩护人。对还是错？错在什么地方？指定辩护是存在什么阶段的？审判阶段。在审判阶段被告人是一个未成年人，被告人没有委托辩护人，法院同时指定了中国政法大学汪某某给他做辩护人，但是汪某某考了9年的司法考试还没有考过，精通刑诉法，行不行？不行。指定辩护人必须是律师。

第六节　拒绝辩护

《刑诉法解释》

第三十八条　被告人坚持自己行使辩护权，拒绝人民法院指定的辩护人为其辩护的，人民法院应当准许，并记录在案；被告人具有本解释第三十六条规定情形之一，拒绝人民法院指定的辩护人为其辩护，有正当理由的，人民法院应当准许，但被告人需另行委托辩护人，或者人民法院应当为其另行指定辩护人。

一般的情况，这个被告人有可能被判处有期徒刑10年，他请了一个辩护人，发现这个辩护人水平一般，他说我不要你辩护了，我要请政法大学的汪某某给我做辩护人，他的水平比较高，可不可以？可以。法院同不同意？同意。他得偿所愿，请了汪某某，请了之后发现，这个汪某某的水平还不如刚才的那个律师，他说我也不要你辩护，我要请姓李的律师为我辩护，他水平高。首先我问两个事：第一个，他第二次拒绝了他另外聘请的一个律师，可不可以？可以。他说我要再请一个律师为我辩护，可不可以？先请来一个律师他拒绝了，再请来一个，他又拒绝了，他想再请第三个，可不可以？大家注意了，一般情况下，可以请几次呢？两次，最终的结果只能是自己辩护。这是一种情况。还有一种情况，这个被告人有可能被判死刑，就是那4种案例其中之一，有可能被判死刑。他自己先请了一个律师，请了之后，他说律师不敬业，他说我都快被判死刑的，你还这样不认真，我不要你辩护，同时他还有这样一句话，我现在对律师已经伤透了心，我不要任何律师为我辩护，我要为自己伸张正义，自己为自己辩护。首先他可不可以拒绝？可以。他说我不要其他的律师为我辩护，我要自行辩护，行不行？不行。刚才讲这4类案件，可以拒绝几次？一次。拒绝之后，他必须自己要请一个律师，或者他自己不请的话，法院要为他指定一个。总而言之，必须有辩护人参加诉讼。正因为如



此，把这4类案件叫做什么辩护？强制辩护。我再来总结一下。就是一般的情况下，被告人拒绝辩护，最多是两次，最终的结果是自行辩护，不需要理由，什么水平低，不敬业等都可以。但如果这4种案件，就是刚才讲的应当指定辩护的4类案件，被告人可以拒绝一次，最终的结果是必须有辩护人的参加，这个辩护人可以是自己委托，也可以是法院指定。必须有辩护人参加，一般的情况下，也不需要理由。但是如果拒绝的是法院给他指定的律师，必须要有正当理由否则法院不会同意。这是指定辩护和拒绝辩护，有点难，很多法条串在一块儿了。

【注意】

（1）对于以上强制辩护时，有正当理由的，可以拒绝一次，但最终必须有辩护人参加，可以是法院委托，也可以是法院指定。

（2）其他情形时，被告人可以拒绝两次，但最终的结果是自行辩护。（不需要理由）

第七节 刑事诉讼代理

代理比较简单，总共有4种代理，一般我们只讲3种：一个是被害人的代理，一个是自诉人的代理，还有一个是民事诉讼代理，申诉案件的代理可以不用看。第一个，公诉案件当中的被害人的代理，要看一下，代理人产生的时间，请问公诉案件，被害人什么时间可以请代理人？是随时？不是，是案件移送审查起诉之日起。它产生的时间和辩护人是一样的。被害人请诉讼代理人的权利法条上没有明确的规定，但是，诉讼代理人行使的权利，大体上与哪个一样？辩护人。当然有的时候，还是有点差别的，诉讼代理人能不能会见在押的犯罪嫌疑人？不能。这一点是比较明显的。你要记得，基本相同，而且他可以查阅卷宗和调查取证，当然调查取证的时候，必须是一个律师。第二个自诉案件当中的自诉人的代理人产生的时间？随时。第三个，附带民事诉讼当中的代理，这里要注意一下，分为公诉案件和自诉案件，请问大家，公诉案件当中，附带民事诉讼当事人什么时间可以请诉讼代理人？自案件移送审查起诉之日起。自诉案件什么时候？随时。

第七章　刑事证据

第一节　证据的基本特征

《最高检规则》

第二百六十五条　严禁以非法的方法收集证据。以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言，不能作为指控犯罪的根据。

证据这是刑诉法修改的第二大问题。证据的基本特征虽然有各种的学说，但是通说是三性。

一、客观性

客观性是什么意思？就是作为定案的根据，必须是客观存在的，不是主观想象或者是臆想，像梦幻、呓语、占卜、猜测都不能作为证据。在客观性当中，大家要注意一个小的问题，就是测谎仪得出来的结论能不能作为证据使用？不能。这个道理非常的简单，因为它的客观性是 100% 还是比较弱？比较弱。有的时候达不到 80% 。

二、关联性（类似事件；品格证据）

什么叫关联性？就是作为定案的根据，它必须要与案件之间有一种联系，这种内在的联系就决定了这个证据有没有证明力，以及证明力的大小。大家都有一个普遍的理解。证据肯定与案件是有联系的，没有联系，它也不能作为证据。在这里要注意两个方面：第一个是品格证据，就是这个人道德败坏与犯罪行为之间有没有必然的联系？没有。现在检察机关正在指控这个被告人盗窃，他能不能提出个证据，说这个人吃喝嫖赌抽，来证明这个盗窃案，不能。品格的证据不能作为立案的根据。第二个相类似的事件。什么意思呢？检察机关正在指控被告人盗窃，说他于今年 1 月 10 日，到商场上偷了不少东西。检察官为了证明这个事项，能不能举一个证据，说 3 年前，这个被告人在另外一个商店也偷了东西，被告人在 3 年前偷东西与这次偷东西有没有必然的联系？没有必然的联系。所以，相类似的事件也不能作为认定的依据。

三、合法性

证据的合法性，考了好多年。什么叫证据的合法性？公检法机关，必须依照法定的程序收集证据。在刑事诉讼中，刑诉法第 46 条，公检法机关必须严格地依照法律程序

收集证据，严禁刑讯，严禁以威胁、引诱、欺骗等非法手段收集证据。这个是正面的规定，必须要怎么做，不能怎么做。问题出现了，现在就是以这些非法的手段来收集证据的，收集的证据是否有效呢？能不能作为起诉依据，或者是定案的依据？它分为两种情况。第一个如果是以刑讯、威胁、引诱、欺骗等非法手段取得的三类，或者按照我的口头禅叫两类半，这个证据排除。哪两类半呢？证人证言，被害人陈述，犯罪嫌疑人、被告人的口供还是供述？供述。大家注意了，为什么不能是口供呢？因为口供既包括供述也包括辩解。我举个例子，打张三，张三说，不要打我了，这个案子是我干的，这个是供述还是辩解？是供述，排除不排除？肯定要排除。我把它变一下，打张三，张三说不要打我了，不是我干的，是李四干的，这个能不能作为张三的定案根据？这个对张三是有利还是无利？有利。排除不排除？肯定是不排除。如果法院在审判阶段发现有这样一份证据，用不用？当然要用了。大家注意了，排除的仅仅是供述，不包括辩解。问题出现了。打张三，张三说不要打我了，是我干的，那个刀我放在我家的屋后面，我埋起来了。请问这个刀能不能作为定案的根据？能。第二个方面需要大家注意了，第一个是言词，两类半排除。第二个是非法物证，或者是非法实物的证据，不排除。我们再看一下后面的案例。打张三，张三说，不要打我了，不是我干的，是李四干的，然后侦查人员顺着这个线索找到李四，对李四进行一个合法的讯问，李四说，我招了，是我干的。请问大家，李四的这个口供排除不排除？这个是非法证据所引申出来的证据，这个叫什么呢？毒树之果。有毒的树上结的果子，我们吃不吃？我们把它吃掉了。所以，第三个，大家注意了，非法证据所引申出来的证据，不排除。现在刑诉法的修改有可能把非法证据排除了。所以大家要明确，现在还是很模糊的。在证据排除里面大家还要注意补充侦查。也就是说在审查起诉阶段，这是最高检规则第265条，大家可以看一下。就是说在审查起诉的时候，发现是证据通过非法手段取得的，是不能用的，要求公安机关要另行侦查，重新收集证据。如果公安机关不派人，检察院自己能不能去侦查？也可以。这是证据的基本特征，三性，尤其要注意这个合法性。

人民检察院审查起诉部门在审查中发现侦查人员以非法方法收集犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言的，应当提出纠正意见，同时应当要求侦查机关另行指派侦查人员重新调查取证，必要时人民检察院也可以自行调查取证。

侦查机关未另行指派侦查人员重新调查取证的，可以依法退回侦查机关补充侦查。

第二节 证据的法定形式

《刑事诉讼法》

第四十二条 证明案件真实情况的一切事实，都是证据。

证据有下列七种：

（一）物证、书证；

（二）证人证言；

（三）被害人陈述；

（四）犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；

（五）鉴定结论；

（六）勘验、检查笔录；

（七）视听资料。

以上证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。

第四十三条 审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地充分地提供证据的条件，除特殊情况外，并且可以吸收他们协助调查。

《刑诉法解释》

第六十一条 严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为定案的根据。

《刑事诉讼法》

第四十六条 对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。

第四十八条 凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。

生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人。

第四十九条 人民法院、人民检察院和公安机关应当保障证人及其近亲属的安全。

对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予治安管理处罚。

证据的法定形式是法律所规定的，总共有物证、书证、证人证言、被害人陈述、犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解（统称为口供）、第五个鉴定结论，第六个视听资料，第七个勘验检查笔录。

一、物证、书证

其实物证、书证本来区分很简单的，现在是越来越复杂了。什么叫物证？就是以存在物质痕迹、形态来证明案件事实的，叫物证。什么叫书证？以所表达的思想内容来证明案件事实的。所以，不能仅仅从外表上看，书证就是书证，物证就是物证。我举个非常简单的例子，如果在这个讲义上，发现了有一个字，与这个案件有关，如果发现这个字是甲同学写的，这个字是物证还是书证？肯定是物证。它所表达的内容有没有关系？它只是说这个字是甲写的。但如果这上面这行“我要杀人”，“我要杀某某某”，我要杀



人表明了他的动机，这样的一句话是物证还是书证？就是说，不鉴定，就看几行字在上面，“我要杀人”，这个是什么证据？书证。以它所表达的思想内容来证明案件事实。如果把这样的一行字拿去鉴定，最后发现在法庭上出示的时候，这几行字，大家注意了，一个表明了他的动机，另外是甲写的，这一份证据，既是物证，又是书证。要注意，这是物证和书证同体。现在A在录音，因为声音有声纹，经过一比对，作案现场的声纹的幅度和这个是一样的，这个声音是物证还是书证，还是什么证？是一个物证。那指纹肯定是物证。关键现在出现了一个什么问题？就是淫秽书刊。考过的。淫秽书刊到底是物证还是书证？它出了两年，但是答案不一样，一年是物证，一年是书证。2004年是书证。淫秽书刊我先不讲，我先举另外一个例子，如果在某个犯罪嫌疑人的家里的柜子里面，搜出了钱、珠宝，这些东西是物证还是书证？物证。某人猎杀野生动物，把野猪杀死了，野猪是三级保护动物，这个野猪的尸体，或者是野猪肉是物证还是书证？当然是物证。那么请问，淫秽书刊，以此类推它应该是什么证？应该也是物证。淫秽书刊在定罪的时候与它的数量有没有关系？有，它与数量有直接的关系。当然，有的同学说，我不知道它的内容，我怎么知道它是淫秽的？但是你能不能反过来讲，那个野猪，你能不能说野猪身上的毛，拔下来，证明了它是野猪，所以它是书证？能不能这样理解？如果这样理解，所有的东西都是书证。所以大家注意了，淫秽书刊按照我的理解它是物证。最低的限度就是既是物证也是书证。这个我就不多讲了，这是物证和书证，要注意一下，书证是以它所表达的思想内容来确定案件事实的，就像我以前讲的那个笑话，就是说研究圆周率的数学家被杀死了，最后死的时候，他手上攥着个圆笔，侦探就找了一个烟头过来，他说我知道，这个是哪个房间的人是凶手。然后请问同学，哪一个房间的人是凶手？请问大家，这个圆笔是什么意思？π是3.14。他暗示是314房间的人把他给杀了。所以请大家注意，这个笔它暗示的是314，它表示的是思想，所以它是物证还是书证？是书证。一定要根据具体的情况来分析。有一年出了这么一个题目，我们现在把这个理论搞清楚，做这个题目相对就简单了，说在案发现场发现了一封信，这封信的内容跟案件无关，但是证明这个犯罪嫌疑人到过案发现场，这个信是什么证？物证。

二、证人证言（证人资格；单位不能作证；见证人不是证人；证人具有人身不可替代性、优先性；保证证人及其近亲属的安全；证人单独作证）

证人证言没有什么好讲的，以前也讲了。

三、被害人陈述

被害人陈述不需要看。

四、犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解（重证据，重调查研究，不轻信口供；仅有口供不能定案）

作为重点。供述和辩解统称为口供。但是它的内容不一样，有罪、罪重为供述；无罪、罪轻为辩解。我们国家，对口供的证明力作了限制。就是仅有被告人的口供，没有

其他证据，能不能对被告人定罪？不能定。相反，如果有其他证据，而且达到了证明标准，没有口供，能不能定被告人的罪？可以。它就是防止司法实践当中，片面强调口供，这就是仅有口供不能定罪。这是一个问题。第二个，如果一个案件当中，只有共犯的口供，三人作案，甲讲的跟乙讲的吻合，乙讲的跟丙讲的吻合，请问大家，仅有被告人的口供，能不能对被告人定罪？记一下，仅有共犯的口供，也不能对被告人定罪。有人说这和司法实践操作不一样，那你就不用管它了。在司法实践当中也有套路。有一点就是限制口供的证明力，防止司法实践当中倾向于、注重于口供。

五、鉴定结论（诊断书的性质）

鉴定人产生的方式有几种？当事人能不能委托鉴定人？不能。必须由公检法机关指派或者是聘请、委托。所以，如果被害人受伤之后，他马上跑到医院，医生给他出了一个病历，病历记载了那一天他的情形，请问，这个病历是不是鉴定结论？不是。因为主体不合法。如果真的要把它归结到证据当中去，它只能算什么？书证。这是第一个，大家注意了，诊断证明是不能作为鉴定结论的，这是鉴定产生的方式。鉴定只能对什么问题进行鉴定？专门性的事实问题。而且这个鉴定人必须是什么人？自然人。大家注意了，有些鉴定必须由特殊的主体来进行，在整个刑事诉讼法当中，它提到了三种鉴定，必须由省级人民政府指定的医院，不是省医院。哪三个地方？第一个是人身伤害鉴定有争议的。第二个是精神病鉴定。第三个是保外就医的医疗证明。鉴定我们侦查的时候来讲，大家了解一下。

六、勘验、检查笔录

勘验什么？物、场所。检查什么？人。

现在，这七种概念，我都给大家讲了，尤其要注意这个物证、书证、视听资料，我再举个例子，给大家加深一下印象。一个交通肇事的案件，被害人是被一个卡车撞死的，这个卡车也撞变形了。这个卡车是什么证据？肯定是物证。但是不可能把卡车这个物证抬到法庭上来，所以在这个时候，对这个卡车进行照相，或者是摄像，请问大家，卡车的照片，拿到法庭上，是什么证据？第二个，现在的科技很发达，鉴定产品很多，不用照片了，拿着摄像机，把现场照了一遍，然后把这个东西拿到法庭上放，请问这个摄像带、录像带是什么证据？卡车的照片仍然反映的是卡车，是用卡车来证明案件事实的，所以这个照片还是物证。同样的道理，用摄像机把案发现场照下来，它应该是什么？勘验笔录。那么勘验笔录和视听资料怎样区分呢？勘验笔录是在什么时候制作的？是在案发当时做的还是案发之后做的，还是在诉讼过程中制作的？勘验笔录肯定是在诉讼过程中制作的。而视听资料，一般是在案发当时形成的。我举个简单的例子，现在我们正在上课，一个同学上来打我，刚好用摄像机照下来了，这时候这个摄像机照下来的东西叫什么？视听资料。我被打到地上，然后公安局赶来，公安局拿着摄像机一照汪某某的惨状，这个东西就是什么？勘验笔录。要注意区分。

七、视听资料

视听资料的概念不需要背，包括音响、电子信息等用来证明案件事实的，像磁带，或者是磁盘、U 盘，还包括一些电子产品。

另外一个物证、书证法定的分类，有的同学还是搞不清楚。像有的同学，他说老师，鉴定结论是物证还是书证？鉴定结论和书证、物证是并列关系，它就是鉴定结论，非要把它分到物证、书证干什么呢？不要把问题复杂化。还有一个，我来补充一下。就是在现实生活中，现在检察机关要全程录音、录像。职务犯罪的要录音、录像，检察院的同志应该知道。那么对犯罪嫌疑人讯问的时候，录音或者是录像，对证人询问的时候录音或录像，对被害人询问的时候录音或录像，这个录音、录像是不是视听资料？视听资料我刚才讲的，只能是在案发时，证人询问的时候录音、录像那个仍然是证人证言，对被害人询问的时候录音、录像仍然是被害人陈述，对犯罪嫌疑人、被告人讯问的时候它仍然是被告人的口供，它就是一个载体，要注意区分一下，不要搞混了。

第三节　证据的分类（重点）

学者们按照一定的标准，把上面法定的证据种类又做了一定的划分，这个基本上每年都考，一定要记忆一下。学理上的分类，按照不同的划分标准，可以把证据分为下面几种。

一、按照证据的来源

按照证据的来源，可以把证据划分为原始证据和传来证据。什么叫原始证据，什么叫传来证据这个比较简单了，通俗地讲，第一手材料，没有经过转载的，没有经过复制的，这个叫做原始证据。而传来证据我们通常把它叫做第二手证据或者是第三手证据，它经过转载，经过复制，这些材料叫传来证据。传来证据还要注意有一个词叫传闻证据。传闻证据指的是言词方面的，言词方面的传来证据，我举几个例子大家就知道了。在案发现场，发现了一把刀，这个刀上面有血迹，这个刀是什么证据？很简单，是原始证据。张某说，那天我看到李某杀人，这个是原始还是传来？原始。我们改一下，张三说，我听李四讲是王五杀的人，这个是传来，它是第几手证据？第二手证据。如果我打印的这个资料，是经过复印的，这个是什么证据？传来证据。有的同学做了笔记，在上面写了字，这个字是什么？原始证据。我把他的笔记拿出去复印，摘抄，这个是什么？传来证据。所以大家注意了，这个区分是非常简单的。

二、与证明对象的关系

按照与证明对象的关系，分为直接证据和间接证据。一个证据能够证明案件主要事实的叫直接证据。反而言之，仅凭一个证据不能证明这个案件的主要事实，那么它就是间接证据。那什么叫主要事实呢？通俗地讲，是谁实施了犯罪行为。还是按照刚才的那个例子，案发现场发现了一把刀，这个刀是直接证据还是间接证据？肯定是间接的。仅

凭一把刀你知不知道谁杀了人？不知道。刚才那个，张三说我听李四讲是王五杀了人。直接的还是间接的？大家注意了，传来证据，但是，它是什么证据？直接证据。仅凭这样一个证据能不能反映案件的主要事实？可以。在这个地方，区分直接证据、间接证据要注意一点，不要把直接证据、间接证据和它的真伪，它的客观性联系起来，张三说，我听王五讲李四杀了人，这句话有可能是真的，有可能是假的，但是这个真假的区分与直接证据与间接证据的区分有没有关系？没有关系。所以，物证一般是直接证据还是间接证据？物证一般都是间接证据。因为仅凭一个物证能不能反映案件的一个主要事实？不能。什么叫否定性的直接证据呢？我举个例子，侦查人员问张三，你有没有杀人？张三说我没有杀人。张三说我没有杀人是直接证据还是间接证据？它是直接证据，它是什么样的直接证据？它是否定性的直接证据。它是从反面来证明案件主要事实的。像鉴定结论，我前面讲了，它只能针对案件当中专门性事实作出判断，一般它是直接证据还是间接证据？鉴定结论，经过鉴定发现这个书的这几个字是张某写的，是汪某写的，经过鉴定，这个人是精神病人，是正常人还是限制行为能力人。经过鉴定发现，这个数字是经过篡改的。鉴定结论一般是直接还是间接？它只能说明案件的某一个问题，所以鉴定结论一般都是间接证据。但是有一种鉴定结论，它有可能是直接证据。我举个例子大家就明白了。经过鉴定，发现被害人不是他杀，而是自杀。这个间接结论是直接证据还是间接证据？是直接证据。什么样的直接证据？否定性的直接证据，证明了案件的主要事实，没有人作案。所以大家注意了，区分直接、间接，它的标准有一个：有没有这样一个特征，即有没有反映了案件的主要事实。如果仅凭这样的证据，能够反映案件的主要事实，能够反映谁实施了犯罪行为，或者是谁没有实施，它就是直接证据。反而言之它就是间接证据，自己要理解。一定要注意原始证据、传来证据跟直接证据、间接证据的区分，不要搞混了。

三、证据的表现形式

从证据的表现形式来看，它分为言词证据和实物证据。这个比较简单，什么叫言词证据？以言词形式表现的。实物证据则是以实物形式来表现的。那么我们把上面的7种划分一下哪些是言词证据，哪些是实物证据？物证是言词还是实物？实物。书证呢？仍然是实物。以实物形态表现的，这个实物跟物证不是一个概念，证人证言、言词，被害人陈述，言词，口供，言词。要注意后面，鉴定结论，这个要作为重点，这个喜欢考。鉴定结论是言词证据还是实物证据？言词证据。它是哪个讲的话？鉴定人讲的话，因为鉴定人要不要出庭作证？要的。鉴定结论是言词证据。视听资料，现在在理论上，我看司法部的教材，不知道今年有没有改，以前视听资料是实物证据，像磁带、MP3，是实物证据，但是大家注意了，视听资料分为两种情况。如果是犯罪嫌疑人共同犯罪，共同作案，他们两个打电话，说今天晚上我们去抢银行，刚好被窃听下来的，这个录音带，它是言词还是实物？它可能就是言词。某一个小偷到商店里去偷东西，结果商店里面装了摄像头，最后把这个小偷偷东西这样一个过程记录下来了，这是一个言词还是实物？实物。所以大家注意了，这个视听资料既有可能是言词，也有可能是实物。勘验检查笔录是言词还是实物？实物，因为它最终反映的是物，要注意区分。

四、与证明被告人有罪的关系

从证据与证明被告人有无罪的关系，分为有罪证据和无罪证据，这个比较简单。证明有罪、罪重、罪轻，都是有罪证据，无罪只有一种，就是彻底的无罪。这是划分标准。这个划分标准当然也有它的意义，这个我前面讲了，也就是收集证据，像原始证据和传来证据，尽量要收集原始证据。书证和物证，要尽量收集原始证据，原物、原件，如果确实不能收集的，可以收集它的复印件，其他相关的，像照片、录像、录像带，都是可以的，但是大家注意了，传来证据如果要定案的话，必须要什么？核对无误，要查明它的客观性，要查证属实的。在这里面大家还要注意一点，运用间接证据定案的规则，就是说没有直接证据，只有间接证据，可不可以定案？当然可以定案。司法实践当中，用间接证据定案也有，也就是说间接证据必须有客观性，关联性。请问大家，为什么不加一个合法性呢？是不是漏写了？因为我们知道，有些非法的证据能不能作为定案的根据？可以。尤其是刚才说的物证。所以它只有客观性和关联性。第三个，这个证据必须要形成一个完整的证明体系，也就是形成了一个证据锁链。最后的结论是什么？唯一的，这个唯一性就叫做什么性？排他性。

第四节　证明对象

这里面有需要大家记的，证明对象，按照以往的观点，只有一类，就是实体法事实。所谓的实体法事实就是，罪与非罪，此罪与彼罪，定罪量刑。那么实体法事实中两个构成：一个是犯罪构成要件，还有一个是量刑。那么除了实体法事实是证明对象，程序法事实是不是证明对象呢？随着我们越来越重视程序，像逮捕某一个犯罪嫌疑人，是实体问题还是程序问题？程序问题。请问大家，逮捕某一个人，要不要用证据去证明？要的。回避要提出一个法定的理由，是不是提出一个理由就行了？要不要提出证据证明？要的。所以，有些程序法事实也需要证明。我把它与另外一个点结合起来讲，就是在诉讼当中，哪些是不需要证明的？第一个，一般人所共同知晓的事实。举个例子，太阳从东边升起来，从西边落下去。我们十一要放长假，中国的春节也要放假。这是一般人所共同知晓的事情。第二个，生效裁判所确定的，但是没有启动审判监督程序。法院的判决一旦作出来，它的效力是非常高的，即使它与客观事实有区别，我们也推定它是客观存在的。生效裁判所确定的事实，如果启动审判监督程序了，那证明这个裁判确有错误。所以有一个例外。第三个，法律、法规等内容，是审判人员履行职责应当知晓的。当然我们讲的是刑诉法，跟国际法不一样。刑诉法第 12 条、第 15 条、第 16 条规定的是审判人员的职责，以及职责怎么样去知晓。第四个，控辩双方没有争议的程序事实。一定要注意它的考点在哪个地方，控辩双方没有争议的程序事实。反而言之，控辩双方没有争议的实体性事实，要不要证明？被告人说，我承认有罪，不要审了，直接把我拉到刑场上枪毙就得了，要不要证明？要证明的。实体事实是需要证明的，只有控辩双方没有争议的程序性事实才不需要证明。第五个，法律所规定的事实。法律规定这个人如果下落不明过了多少年之后，把他宣告失踪，把他宣告死亡。出现了重大事故，几

个月什么样死亡。还有的情况下，就是这个人如果未满 18 周岁，把他规定为限制行为能力人，未满 10 周岁，也许他是一个神童，但是我们仍然把他当作一个无行为能力人。还有我们国家如果要规定了无罪推定，这个是法律所规定就不多讲了。

最后一个，证据本身要不要证明？大家注意了，如果这个证据需要证明，它肯定需要其他证据证明，其他证据还有其他的证据再来证明，这个证明环节就不可能终止了。所以，证据本身不需要证明，但是要审查判断，它是审查判断的问题，而不是证明的问题。程序法事实大家注意了，只有控辩双方没有争议的程序性事实不需要证明。

【注意】不需要证明的事项

（1）一般人共同知晓的事实；

（2）已为生效裁决所确认的事实，启动再审程序除外；

（3）法律法规；

（4）控辩双方没有争议的程序法事实；

（5）根据法律能推定出的事实；

（6）证据。

第五节　证明责任

所谓证明责任就是依照法律的规定，负有证明责任的机关或者是个人，对自己的主张应当提出证据，证明到法定的程度，否则，他要承担败诉的风险。刑事诉讼证明责任，与民事诉讼基本上是相通的，也就是按照古罗马的举证原理是什么？谁主张，谁举证。在公诉案件当中，大家要注意这样几个方面：

第一个，公诉案件举证责任，一般是由哪个来承担？控诉机关，也就是检察机关。由哪个机关来辅助完成检察机关的证明责任？公安机关。

第二个，被追诉人一般不承担举证责任。但是大家要注意这样一个小问题，有的情况下，为了加大对某些犯罪的打击力度，法院作了例外的规定，把证明责任倒置。在我们国家，刑法中规定了两类犯罪：一个是巨额财产来源不明。还有一个是非法持有型犯罪。巨额财产来源不明罪，请问大家，检察机关负担不负担证明责任？负担。它要证明一个什么事实？这个国家机关工作人员的财产与合法之间有一个差距，这个差距是什么？巨大。在这种情况下，如果它证明了这样的事实，证明责任转移给哪一个？被告人。被告人必须要证明一个什么事项？这个差距来源的合法性，如果不能证明这个来源的合法性，就推定它是非法的。这种立法主要是为了加大对职务犯罪的打击力度，保障国家工作人员职务上的廉洁性。第二个非法持有型这种案件当中，检察机关履行不履行证明责任？履行。我举一个非常简单的例子，现在检察机关指控我非法持有枪支，他首先要证明什么？这个人持有枪支。证明这个之后，这个证明责任转移给被告人，被告人必须要提出一个什么？我持有枪支是合法的，我有持有枪支的证件，我是一个国家领导人，防止别人刺杀我。大家注意了，这两类案件，检察机关都要履行证明责任，只不过检察机关履行到责任的时候，证明责任就转移给被告人了。

第三个，诉讼当中，被告方提出的一些主张，我举个例子，被告人说，我没有杀

人，这就是否定式，他要不要证明？这是消极的，不需要证明。但是他讲了，那天，我没有作案时间，那天我到另外一个市里面去旅游去了，他提到这样一个主张，以至于证明他没有作案时间，他既然说我没有作案时间，我去旅游去了，这个主张他要不要提出证据证明？要的，如果他提不出证据，有一个什么后果？这个主张会不会得到裁判人员的认可？不会。大家注意了，对于诉讼当中提及的主张，他应该提出证据予以证明，否则他的后果不是败诉，不一定会被定罪，但他的主张不会被审判人员采纳。不过，即使在诉讼当中，犯罪嫌疑人、被告人包括他的辩护人不提出任何证据，仍然由检察机关来履行证明责任。辩护人，包括犯罪嫌疑人、被告人提出证据，是行使辩护权的一种体现，既然是行使辩护权的一种体现，他就可以放弃。这是证明责任，公诉案件，被告人一般不负证明责任，但是三种情况是需要大家注意。

最后，法院负不负证明责任？因为证明责任与诉讼主张是相联系，在诉讼当中法院有没有自己的主张？没有，它是一个裁判者，裁判者在诉讼当中保持中立，法院不负证明责任。自诉案件也比较简单，大家记一下，第一个，哪个承担证明责任？自诉人。第二个，被告人一般不负证明责任。第三个，法院不负证明责任，道理都是一样的。

第六节　证明要求（证明标准）

什么叫证明标准呢？就是法律所要求的，负有举证责任的机关和个人，对于待定的事项，所要证明的程度或者是标准。这个标准非常的简单，但是里面的内容比较多。

一、立案

立案是诉讼最开始的阶段。这个标准是低还是高？肯定是低。这个标准随着程序的往下进行，是越来越低还是越来越高？越来越高。立案的最低标准是什么？是不是要犯罪事实清楚、证据充分才可以？不是。是什么？有犯罪事实发生。当然立案的条件我们到后面还讲，还有一个什么？依照法律规定追究法律责任。有人讲，有犯罪事实发生，它不一定立案。比如刑诉法第 15 条的第 2 款第（6）项，虽然有犯罪事实发生，但是立案不立案？不立案。

那么有另外一种情况。在案发现场发现了一具尸体，初步判断是他杀。但是不知道这个人是被从五楼推下来的，还是从六楼把他推下来的。立案不立案？立案。不知道是当天杀的，还是哪一天杀的，立案不立案？立案。发现这具尸体是自杀还是他杀，立案不立案？立案。自杀、他杀都不知道还不立案？一看到尸体，立案。首先必须要搞清楚是什么？有犯罪事实发生。

二、逮捕

逮捕需要有证据证明有犯罪事实，什么叫有证据证明有犯罪事实？几个条件？三个条件。第一个，有证据证明发生了犯罪事实。第二个，有证据证明犯罪事实是犯罪嫌疑人所为。第三个，有证据经过查证属实的。是不是要求所有的证据都要查证属实？不是的。现在请问大家，假如这个犯罪嫌疑人涉及三个罪，就一个罪达到这个标准，这个要

求，逮捕不逮捕？逮捕。注意一下，有一个印象就行了。

三、侦查终结（犯罪事实清楚，证据充分。共有三处）

（略）

四、审查起诉

审查起诉，提起公诉，有最低标准。这个最低标准都是犯罪事实清楚、证据确实充分。但是在整个刑事诉讼法中，只有三个地方是犯罪事实清楚、证据确实充分，分别是侦查终结、审查起诉、有罪。前面两个，侦查终结、审查起诉，是主观的还是客观的？主观的。而判断某一个被告人有罪，必须是审判人员的主观认识要符合什么？客观事实。这个我知道好像很难达到。你就记着，审判是客观因素，执行标准是最高的。

五、有罪

（略）

六、疑罪从无（重点）（审查起诉与一审）（一审与二审、死刑复核在证据不足时的处理）

前面我们讲刑诉法第12条的时候也谈到了，我们国家已经确立了疑罪从无，但是彻底不彻底？不彻底。疑罪从无限制在几个阶段？刑诉法第12条有四个方面的起诉，第一个是废除免予起诉，统一撤销权。第二个区分了犯罪嫌疑人和被告人称谓。第三个确立了由控方承担证明责任。第四个就是疑罪从轻。疑罪从轻有几个阶段？两个阶段。一个是审查起诉。一个是一审。审查起诉我以前讲了，刚才提到审查起诉最低的标准是犯罪事实清楚、证据充分。如果达不到这个标准，有可能要遵循一个什么？证据不足不起诉。但是它有一个前提。什么样的前提？补充侦查。补充侦查以几次为限？两次。经过第一次补充侦查，证据不足，怎么办？可以进行第二次补充侦查。经过第二次补充侦查，证据不足应当怎样？应当不起诉。在一审阶段如果发现证据不足，要作出一个什么判决？证据不足的无罪判决。但是我们讲了，我们国家没有实行彻底的无罪判决。因为在二审阶段，在死刑复核阶段，有几次的限制吗？没有。在二审阶段如果发现证据不足，怎么办？可以发回重审，也可以在查清事实的基础上改判。死刑复核的情况下，如果发现事实不清楚怎么办？应当发回重审。

第八章 强制措施（重点）

第一节 强制措施的概念与特点

《刑事诉讼法》

第六十三条 对于有下列情形的人，任何公民都可以立即扭送公安机关、人民检察院或者人民法院处理：

（一）正在实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；

（二）通缉在案的；

（三）越狱逃跑的；

（四）正在被追捕的。

一、强制措施的特点

在诉讼当中强制措施是为了防止犯罪嫌疑人、被告人逃避侦查、起诉、审判，对他采取的一些限制或者是剥夺其人身自由的行为。从这个概念当中可以看出强制措施的特点：

（一）适用主体

强制措施只能由哪些主体适用？公、检、法适用。

（二）适用对象

强制措施的适用对象只能有哪些？犯罪嫌疑人、被告人。那么换句话说，证人、被害人能不能适用强制措施？不能。但是有一个例外情况，虽然他不是犯罪嫌疑人、被告人，但是由于他的身份、地位类似于犯罪嫌疑人和被告人，犯罪嫌疑单位的、被告单位的、诉讼代表人。但是只能适用几种措施？一种。哪种？拘传。

（三）强制措施必须按照法定程序进行

（四）强制措施的目的

强制措施的目的有没有惩罚的因素？适用强制措施，对犯罪嫌疑人需要取保候审、监视居住、拘留、逮捕，是不是要惩罚他？不是。为什么不是惩罚他？因为这个时候这个人在法律上是一个有罪的人还是无罪的人？无罪的人。所以大家注意了，适用强制措施的目的不是惩罚，而是预防。防止他逃避侦查、起诉，防止他破坏、毁灭证据等。记住预防就行了。

（五）时间上的临时性

强制措施具有时间上的临时性。我们都知道，每一个强制措施都是有期限的。

二、扭送

首先要明确一点，扭送的主体是什么？普通公民。所以，扭送是不是强制措施？不是。大家注意了，扭送不是强制措施，它只是把一个普通公民扭送行为看作同犯罪行为作斗争的一种手段，而且得到了法律的许可。那么请问大家，今天下课之后，你看到有一个人在大街上形迹可疑，手上拿了一把刀，穿得衣冠不整，你现在要把他扭送到公安局，行不行？不行。你如果发现这刀在某一个公民家里，有可能这个东西是犯罪证据，把他扭送到公安机关，行不行？不行。同样的道理，你如果发现某个人，你问他，你叫什么名字？他说，我不告诉你。你又问他，你住在什么地方？他说，我也不告诉你。那么你不讲事实，把他扭送到公安局，行吗？不行。这些都是什么的条件？拘留的条件。大家知道，扭送必须是什么？现行犯。或者是什么？在逃的。情况都是非常紧急的。就是正在犯罪被制止的，或者是越狱逃跑被追捕的，大家都在追他，这种情况下才可以扭送。试想一下，如果普通公民都可以限制他人的人身自由，那么任何人都没有自由了。

三、与行政处罚的不同

这个了解一下就可以了，不会考的。刚才我讲了强制措施适用的对象，这个人在法律上是有罪的人还是无罪的人？无罪的人。而刑罚适用就不一样了，这个人在法律上是有罪的人还是无罪的人？有罪的人。它适用的对象导致了它与强制措施其他一系列条件的不同，这个了解就行了。

（一）强制措施适用的主体

强制措施适用的主体是什么？公、检、法。而刑罚只能由哪个适用？法院。这个是适用主体的不同。

（二）适用法律不同

强制措施是刑事诉讼法当中规定的，所以它适用是程序法还是实体法？程序法。刑法是什么法律？实体法。两者目的不同，强制措施我们前面讲了，它有没有惩罚的因素？没有，它是预防的作用。跟强制措施相比，行政处罚的作用是一样的，就是对象不同。行政处罚对象是什么人？违法，但是没有犯罪的人。而刑罚适用的对象在法律上是有罪的犯罪嫌疑人和被告人，适用对象不同，目的不同，具体的程序不同，这个我都不讲了。

下面看看具体的强制措施，非常重要。我们从轻到重，把强制措施体系了解一下。从轻到重依次是什么？拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕。

第二节　拘　传

《最高检规则》

第三十四条 拘传持续的时间从犯罪嫌疑人到案时开始计算。犯罪嫌疑人到案后，



应当责令其在拘传证上填写到案时间，并在拘传证上签名或者盖章，然后立即讯问。讯问结束后，应当责令犯罪嫌疑人在拘传证上填写讯问结束时间。犯罪嫌疑人拒绝填写的，检察人员应当在拘传证上注明。

一次拘传持续的时间最长不得超过十二小时，不得以连续拘传的方式变相拘禁犯罪嫌疑人。

第三十五条 人民检察院拘传犯罪嫌疑人，应当在犯罪嫌疑人所在市、县内的地点进行。

犯罪嫌疑人的工作单位、户籍地与居住地不在同一市、县的，拘传应当在犯罪嫌疑人的工作单位所在的市、县进行；特殊情况下，也可以在犯罪嫌疑人户籍地或者居住地所在的市、县内进行。

《刑诉法解释》

第六十三条 人民法院在审判过程中，根据案件情况，可以对被告人拘传、取保候审、监视居住或者决定逮捕。

合议庭或者独任审判员认为应当对被告人撤销或者变更强制措施的，应当报请院长批准。

第六十四条 对经过依法传唤，无正当理由拒不到庭，或者根据案件情况有必要拘传的被告人，可以拘传。

拘传由司法警察执行，执行人员不得少于二人。

拘传被告人时，应当出示拘传票。对抗拒拘传的，可以使用戒具。

一、拘传与传唤

（一）拘传与传唤适用的对象

拘传的对象有几类？拘传什么人？犯罪嫌疑人、被告人，再加上哪一个？被告人单位、犯罪嫌疑人单位的诉讼代表人。传唤不仅限于犯罪嫌疑人、被告人，而且还包括其他的当事人。大家把这个总结一下，传唤的对象是当事人，拘传的对象是犯罪嫌疑人、被告人、诉讼代表人。

（二）是否具有强制性不同

我们前面讲了，拘传作为强制措施，有没有强制性？有。必要的时候能不能使用手铐？当然可以。但是传唤有没有强制性？没有。一个具有强制性，一个没有强制性。两者的关系怎么样？传唤是不是拘传的必经程序？不是，可以先传唤后拘传。也可以不经传唤，直接拘传。

二、拘传的程序

（1）拘传前面讲了，公、检、法三机关都可以适用，但是必须经过人民法院允许。

（2）甲县公安机关到乙县去拘传犯罪嫌疑人，能不能把乙县的犯罪嫌疑人拉到甲县来拘传？不能。拘传实际上是没有被剥夺人身自由的，所以，拘传应当在犯罪嫌疑人

所在的市县里。

（3）拘传由几个人进行？两个人以上进行。拘传是否必须有公安机关人员在场？不是，公检法都可以执行。所有公权力行为，都是几个人以上？两个人。一人为私，二人为公。而且要有相对的资格，不能说公安机关把保安叫来去执行，这是不行的。

（4）如果甲县公安机关到乙县去拘传犯罪嫌疑人，刚才我们讲了，必须在哪个县？乙县。而且还要通知当地的什么？公安机关。如果是公安机关要通知当地的公安机关，如果是法院、检察院，就要通知当地的什么？法院、检察院。因为我们国家刑事诉讼法强调地域管辖。你不能在我的辖区内任意执行，如果你来执行，你要告诉我，我配合你；但是你应当要告诉我。

三、时间

拘传的时间不能超过多少小时？12 小时。要记。传唤的时间不能超过多少小时？同样也是 12 小时。不能以连续拘传、传唤变相羁押。什么意思？既然 12 个小时到了，你就回去吧，我们结束了。5 分钟之后，公安机关又出现了，对你进行第二次拘传。这是不行的，这个就存在变相羁押。

第三节　取保候审

《刑事诉讼法》

第五十一条　人民法院、人民检察院和公安机关对于有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以取保候审或者监视居住：

（一）可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的；

（二）可能判处有期徒刑以上刑罚，采取取保候审、监视居住不致发生社会危险性的。

取保候审、监视居住由公安机关执行。

《刑诉法解释》

第六十六条　被告人具有下列情形之一的，人民法院可以决定取保候审或者监视居住：

（一）可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的；

（二）可能判处有期徒刑以上刑罚，采取取保候审、监视居住不致发生社会危险的；

（三）应当逮捕但患有严重疾病的，或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女。

《刑事诉讼法》

第五十二条　被羁押的犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属有权申请取保

候审。

《六机关规定》

20. 刑事诉讼法第五十二条规定："被羁押的犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属有权申请取保候审。"第九十六条规定："犯罪嫌疑人被逮捕的，聘请的律师可以为其申请取保候审。"被羁押的犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属和律师申请取保候审，有权决定的机关应当在七日内作出是否同意的答复。同意取保候审的，依法办理取保候审手续；不同意取保候审的，应当告知申请人，并说明不同意的理由。

《刑事诉讼法》

第五十三条 人民法院、人民检察院和公安机关决定对犯罪嫌疑人、被告人取保候审，应当责令犯罪嫌疑人、被告人提出保证人或者交纳保证金。

《刑诉法解释》

第六十九条 对符合取保候审条件，具有下列情形之一的被告人，人民法院决定取保候审时，可以责令其提供一至二名保证人：

（一）无力交纳保证金的；

（二）未成年人或者具有其他不宜收取保证金情形的。

第七十一条 人民法院决定对被告人取保候审，根据案件情况，可以责令其交纳保证金。保证金仅限于现金。人民法院应当根据起诉指控犯罪的性质、情节、被告人的经济状况等因素，决定应当收取的保证金数额。保证金应当依照有关规定交由公安机关收取和保管。

第七十二条 对同一被告人决定取保候审的，不能同时使用保证人保证与保证金保证。

《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部关于取保候审若干问题的规定》[1]

第五条 采取保证金形式取保候审的，保证金的起点数额为一千元。

第六条 取保候审保证金由县级以上执行机关统一收取和管理。没收保证金的决定、退还保证金的决定、对保证人的罚款决定等，应当由县级以上执行机关作出。

《刑事诉讼法》

第五十四条 保证人必须符合下列条件：

（一）与本案无牵连；

（二）有能力履行保证义务；

（三）享有政治权利，人身自由未受到限制；

---

[1] 以下简称《取保候审规定》。1999年8月4日颁布实施。

（四）有固定的住处和收入。

《刑诉法解释》

第七十三条 根据案件事实，认为已经构成犯罪的被告人在取保候审期间逃匿的，如果保证人与该被告人串通，协助其逃匿以及明知藏匿地点而拒绝向司法机关提供的，对保证人应当依照刑法有关规定追究刑事责任。具有前款规定情形的，如果取保候审的被告人同时也是附带民事诉讼的被告人，保证人还应当承担连带赔偿责任，但应当以其保证前附带民事诉讼原告人提起的诉讼请求数额为限。

《刑事诉讼法》

第五十六条 被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守以下规定：

（一）未经执行机关批准不得离开所居住的市、县；

（二）在传讯的时候及时到案；

（三）不得以任何形式干扰证人作证；

（四）不得毁灭、伪造证据或者串供。

被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人违反前款规定，已交纳保证金的，没收保证金，并且区别情形，责令犯罪嫌疑人、被告人具结悔过，重新交纳保证金、提出保证人或者监视居住、予以逮捕。犯罪嫌疑人、被告人在取保候审期间未违反前款规定的，取保候审结束的时候，应当退还保证金。

《六机关规定》

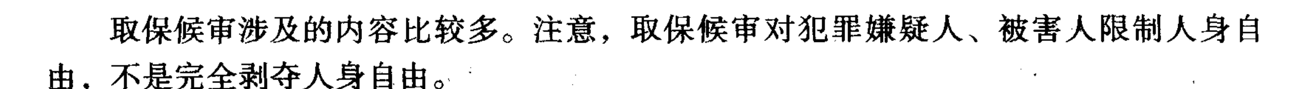
23. 被采取取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人、被告人无正当理由不得离开所居住的市、县或者住处，有正当理由需离开所居住的市、县或者住处，应当经执行机关批准。如取保候审、监视居住是由人民检察院、人民法院决定的，执行机关在批准犯罪嫌疑人、被告人离开所居住的市、县或者住处前，应当征得决定机关同意。

《取保候审规定》

第十条 被取保候审人违反刑事诉讼法第五十六条规定，依法应当没收保证金的，由县级以上执行机关作出没收部分或者全部保证金的决定，并通知决定机关；对需要变更强制措施的，应当同时提出变更强制措施的意见，连同有关材料一并送交决定机关。

第十一条 决定机关发现被取保候审人违反刑事诉讼法第五十六条的规定，认为依法应当没收保证金的，应当提出没收部分或者全部保证金的书面意见，连同有关材料一并送交县级以上执行机关。县级以上执行机关应当根据决定机关的意见，及时作出没收保证金的决定，并通知决定机关。

第十二条 被取保候审人没有违反刑事诉讼法第五十六条的规定，但在取保候审期间涉嫌重新犯罪被司法机关立案侦查的，执行机关应当暂扣其交纳的保证金，待人民法院判决生效后，决定是否没收保证金。对故意重新犯罪的，应当没收保证金；对过失重新犯罪或者不构成犯罪的，应当退还保证金。



取保候审涉及的内容比较多。注意，取保候审对犯罪嫌疑人、被害人限制人身自由，不是完全剥夺人身自由。

一、取保候审适用情形

取保候审有以下6种适用情形：

（1）可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的。

（2）可能判处有期徒刑以上刑罚，采取取保候审不致发生社会危险性的。

（3）罪该逮捕，但患有严重疾病，或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女。

（4）犯罪嫌疑人、被告人被羁押的案件，不能在刑诉法规定的侦查羁押、审查起诉、一审、二审期限内办结，需要继续查证、审理的，对犯罪嫌疑人、被告人可以取保候审或者监视居住。（超期羁押的，可以变成：取保候审、监视居住，但是不能继续关押）侦查羁押的不超过2个月，必要的时候延长1个月，有特殊情况的延长2个月（《刑事诉讼法》第126条），对犯罪嫌疑人可能判处10年有期徒刑以上刑罚的，再延长2个月。

（5）需要逮捕而证据还不充分的。

（6）持有效护照和出入证件，可能出境逃避侦查，但不需要逮捕的。

大家自己先看一看，取保候审适用情形我们先总结一点，不能逮捕的，可以取保候审。因为我们知道逮捕可能判有期徒刑以上，那么这个不涉及取保候审。

下面我们一个一个来看。

（1）可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的，可以适用。

（2）可能判处有期徒刑。但是它后面还有一句话，采取取保候审，不至于发生社会危险的。这个不符合逮捕的哪个要件？逮捕第一个要件是有证据证明犯罪事实，第二个是可能判有期徒刑以上。第三个是采取取保候审、监视居住不足以防止社会危害性的发生，有逮捕的必要。

（3）罪该逮捕，但患有严重疾病，或者是怀孕妇女、正在哺乳婴儿的。这个好理解，从人道主义出发。大家注意了，是不是说怀孕或者是哺乳自己的婴儿就绝对地取保候审？有人出了这样一道题目，一个妇女把另外一个人家的小孩带来了，最后对她进行取保候审，取保候审期间，她又多次怀上自己的小孩，因为国家只让要一胎，在第二种情况下，你能不能让她继续取保候审？不能。

（4）超期羁押的。凡是被告人被羁押的案件，不能在刑诉法规定的侦查羁押、审查起诉、一审、二审期间内终结，需要继续查证审理的，对犯罪嫌疑人可以取保候审或者是监视居住。侦查羁押的期限一般不超过几个月？2个月。必要的时候延长多久？1个月。特殊情况一般延长多久？2个月。再延长多久？2个月。大家注意了，这个案件如果没有特殊情况到了2个月还没有终结的话，这个被逮捕的人要怎么办？能不能取保候审？能。能不能把逮捕改为监视居住？能。能不能继续关押？问题就出在这个地方，超期羁押的，可以变更为取保候审，可以变更为监视居住。但是能不能继续关押？不能。再把他关押，这个羁押期限有没有意义？没有意义了。

（5）需要逮捕而证据还不充分的。逮捕最低标准是什么？有证据证明有犯罪事实。

（6）犯罪嫌疑人是主犯，以其他手段逃避侦查，明知道有严重犯罪的，仍取保候审。这里大家要注意一下，严重犯罪先不讨论，先来说说危害国家安全的，这个案件能不能取保候审？以前规定是不可以，现在可以。有一些书上说危害国家安全的不能取保候审，这个是不对的。取保候审条例当中就讲了，如果是危害国家安全取保候审，由哪个机关执行？国家安全机关。另外，注意，累犯、犯罪集团的主犯，以自伤、自残方法逃避侦查、严重犯罪的，不适用取保候审。

二、取保候审的方式

取保候审的方式有两种，一种是人保，一种是什么保？不叫财保，是财产保。财保是财产公司。那么人保和财产保大家注意一下。有的人知道这样一个题目，说公安机关要求犯罪嫌疑人提供保证人，同时要求其保证人缴纳5000块钱保证金，对还是错？错。这个人保和财产保只能怎么样？选其一，不能同时适用。

（一）人保

我们看看，哪些人可以作保证人。我们通过例子来强化一下。

甲想请他的好朋友做保证人，他的好朋友是美籍华人。美籍华人，享不享有我们国家的政治权利？不享有。所以行不行？不行。被告人想请他的姐姐做保证人，他的姐姐因为另外一个案件被取保候审，可以不可以？不可以，人身自由受到限制。被告人想请他的80岁的祖母作为自己的保证人，他的祖母卧床不起，可不可以？不可以，因为她没有能力履行。甲乙共同实施了犯罪，对丙造成了伤害行为，最后甲被追究刑事责任，乙没有被追究，乙能不能做甲的保证人？不能。与案件有牵连。犯罪嫌疑人想请甲某作为自己的保证人，但是甲某刚到这个城市，没有固定的住所，有一个20万元的存折，可不可以？不可以。必须有固定的住处，能找到他。这是保证人的条件。

保证人的义务很简单，要监督取保人。如果发现取保候审人违法了，要报告。那么保证人责任大家注意了，如果发现有违法的情况，而这个保证人没有及时报告，明知道他逃跑，这个时候有可能承担什么责任？刑事责任。关键是，对这个保证人还有可能追究什么责任？民事责任。那么这个保证人存在什么样的民事责任呢？第一个，民事连带责任。也就是说，如果这个被害人对被告人提起了附带民事诉讼，而由于保证人保证不利使得犯罪嫌疑人逃跑的，那么这个保证人要承担民事连带责任。第二个连带的范围。是不是所有责任都连带？保证人对后来增加的责任连带不连带？不连带。连带仅限于保证前，大家注意，连带的范围只限于保证前被害人提出的诉讼赔偿数额。

（二）财产保

财产保相对来说比较简单，只有一套房子，把房子作为保证形式，行不行？不行。没有人民币，用美元，行不行？不行。保证金必须以什么方式？人民币。起点多少？1000元。有没有上限？2万元以下。

三、被取保候审人的义务

《刑事诉讼法》第56条要作为重点，被取保候审人未经什么机关批准，不得离开

什么地方？未经执行机关批准，不得离开所居住的市县。这里面有一个小问题，其实与后面相关联。什么意思呢？因为执行机关一般是公安机关。虽然是检察院决定，也有可能是法院决定的，但是一定是由公安机关执行。问题出现了，第一个，这个案件到了审判阶段，法院决定，公安机关执行。现在这些人要离开他所在的市、县，公安机关批准他离开所居住的市县之前，要不要经过决定机关的同意？当执行机关和决定机关不同一的情况下，执行机关在同意犯罪嫌疑人离开市县的情况下，需要经过决定机关的同意。大家注意了，这个是法理里面讲的，也需要征得决定机关的同意。第二个，及时到案。这个大家都知道，要及时到案。第三个，不得干扰证人作证。第四个，不得毁灭伪造证据。这个非常简单，关键是第一个问题。

四、取保候审的程序

（一）取保候审的申请

哪些人有申请权？首先是什么人？犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人。还有哪个人？近亲属。还有哪个人？律师辩护人。这些人享有取保候审的权利。非律师辩护人在一般的情况下，有没有申请取保候审的权利？没有。他只能申请解除超期羁押。

（二）决定机关

决定机关分别是什么？公、检、法机关。

（三）执行机关

执行机关只有哪一个？公安机关。那么请问大家，保证金由哪个机关保管？是决定机关还是执行机关？执行机关。对某人罚款都是由哪一个机关？执行机关。那么决定机关做什么事？变更，或者是解除，把取保候审变成逮捕，或者是把取保候审取消，或者是把取保候审变为监视居住。这个时候才需要决定机关，中间的这些事都是由执行机关处理决定。违反了取保候审的规定，各种可能性都有可能发生。要看是不是诚心悔过，可以要求他们提供保证人。如果严重违反取保候审可以变更监视居住。甚至有可能把这个取保候审变为逮捕。大家注意了，取保候审是多少个月？12 个月。请问大家公安机关取保 12 个月，检察院再取保 12 个月可不可以？可以。三个机关分别计算。但是有一点大家要注意一下，就是这个人在取保候审期间，违反了取保候审的规定，对他没收了保证金，但是继续对他取保候审，可不可以？可以。让他重新或者是再缴纳保证金都是可以的。关键是在没收保证金之前，他已经取保了 3 个月，这 3 个月是否计算在取保期限内？计算。这个保证之前的期限仍然计算，不重新计算。如果是公安机关、检察院、法院，都适用取保候审的，要不要重新办理取保候审的手续？需要重新办理取保候审的手续，而且这个期限要重新计算。要重新办理手续是什么意思？就是公安机关对这个人取保候审了，他在取保候审期间，现在移交到检察院，检察院说符合取保候审的条件在审查起诉阶段要不要重新办手续？要重新办手续。同样的道理，如果在检察院审查阶段，在检察院取保候审，到了法院审判机关虽然还是取保候审，这个时候要重新办理手续，而且期限重新计算。

第四节 监视居住

《刑事诉讼法》

第五十七条 被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守以下规定：

（一）未经执行机关批准不得离开住处，无固定住处的，未经批准不得离开指定的居所；

（二）未经执行机关批准不得会见他人；

（三）在传讯的时候及时到案；

（四）不得以任何形式干扰证人作证；

（五）不得毁灭、伪造证据或者串供。

被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反前款规定，情节严重的，予以逮捕。

第五十八条 人民法院、人民检察院和公安机关对犯罪嫌疑人、被告人取保候审最长不得超过十二个月，监视居住最长不得超过六个月。

在取保候审、监视居住期间，不得中断对案件的侦查、起诉和审理。对于发现不应当追究刑事责任或者取保候审、监视居住期限届满的，应当及时解除取保候审、监视居住。解除取保候审、监视居住，应当及时通知被取保候审、监视居住人和有关单位。

一、适用的对象

适用对象和取保候审的对象完全一样。换句话说，哪些人可以取保候审，也就可以被监视居住。

二、监视居住人的义务

掌握一点，被监视人与被取保人义务有几点不同？两点不同。刚才讲了被取保人第一个义务是未经公安机关批准不得离开市县。那么被监视人是未经执行机关批准，不得离开居所。被监视的范围更窄了。这是第一点不同。同样的，大家注意一下，如果决定机关和执行机关不同一，这个人离开居所，要不要经过执行机关的同意？也需要。道理是一样的。第二点，被取保的人在取保期间能不能随意会见他人？被取保的人，有没有规定在取保过程中不能会见他人？没有规定。但是被监视的人会见他人要经过批准。注意了，不能随意会见他人，会见他人要经过批准。但是会见哪些人不需要批准？第一是自己所聘请的律师。还有一个是同住的人。这个很显然，都住在一起天天都见面还要批准吗？律师，即使犯罪嫌疑人被关押在看守所里面，律师的会见一般情况下要不要经过批准？不需要。既然被关在看守所，除涉及国家秘密的，会见都不需要经过批准，被监视居住的更加不需要。当然二者之间必须要形成一个委托关系。监视居住的期限是几个月？6个月。这6个月大家注意了，公安机关、检察院、法院分别计算。

第五节　拘　　留

《刑事诉讼法》

第六十一条　公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子，如果有下列情形之一的，可以先行拘留：

（一）正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；

（二）被害人或者在场亲眼看见的指认他犯罪的；

（三）在身边或者住处发现有犯罪证据的；

（四）犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；

（五）有毁灭、伪造证据或者串供可能的；

（六）不讲真实姓名、住址，身份不明的；

（七）有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。

《六机关规定》

25. 刑事诉讼法规定，拘留由公安机关执行。对于人民检察院直接受理的案件，人民检察院作出的拘留决定，应当送达公安机关执行，公安机关应当立即执行，人民检察院可以协助公安机关执行。

一、拘留适用的条件

拘留的对象可以把它定义为现行犯或者是重大嫌疑人。前面讲“扭送”，“扭送”的对象是什么？现行犯或在逃的，情况更加紧急。那么“拘留”的情形要有一个大致的印象，有以下7种：

（1）正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的。

（2）被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的。

（3）在身边或者住处发现有犯罪证据的。

（4）犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的。（检察机关也有决定权）

（5）毁灭、伪造证据或者串供可能的。（检察机关也有决定权）

（6）不讲真实姓名、住址，身份不明的。

（7）有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。

其中第4种或者是第5种，包括最后一种，大家要记。第4种和第5种注意，凡是写了自杀或者是在逃的，毁灭伪造证据，或者是串供的，都是。第4种和第5种是检察机关也有决定权的。

二、拘留的程序

（一）决定权

前面我们讲了，公安机关有没有刑事拘留的决定权？有。一般性的刑事拘留是公安机关。那么检察机关有没有这种权利？有。但是检察机关只能在两种情况下适用拘留。这两种情形大家一定要把它记熟。一个是第4种，一个是第5种。第4种是针对人的企图自杀、逃跑，或者是在逃行为的。而这个第5种针对的是什么？证据。毁灭、伪造证据，或者是贪污的。

（二）执行权

公安机关决定拘留和检察机关决定拘留，都由哪个机关执行？公安机关。取保候审是哪一个机关执行？公安机关。监视居住呢？也是公安机关执行，包括后面的逮捕也是公安机关执行。我们把题目换一下，如果是危害国家安全的，是哪一个机关？国家安全机关。这个要注意一下。接下来是要强调的，法院有没有刑事拘留这个权利？没有。它执行的叫什么拘留？司法拘留。

（三）两个24小时

注意这个时间有规定了，两个24小时。第一个24小时是说在拘留后的多少小时内应当将拘留的原因和拘押的场所告诉他的家属或者是所在单位，二者告知一个就行了。第二个，在拘留后多少个小时之内对其讯问？24小时内，两个24。前面我们讲了两个12，哪两个12？一个是拘传，还有一个是传唤。自己要学会总结，前后贯穿起来，反复地强化。

问题出现了，如果是公安机关决定的，公安机关执行。那么讯问、告知肯定是哪一个？公安机关。那么如果是检察院决定拘留的。是哪个机关去执行？公安机关执行。那么哪个通知、哪个讯问呢？仍然是由检察院。这个地方遵循的原则是什么？谁决定，谁通知，谁讯问。如果这个案件属于检察院自侦案件，它讯问对于侦查活动是非常有用的。

（四）对县级以上人大代表的拘留

人大代表有着非常特殊的地位，所以对于人大代表，不能随意的剥夺他的人身自由。一般的情况下，公安机关或者是检察机关能不能对人大代表实行拘留？不行。一般情况是由哪些机关执行？人大常委会。但是如果情况紧急的，人大代表现在要拿一个刀杀人。你说，等一会儿，我要报警，向人大常委会报案或者是检举，这个现实不现实？不现实。那么对于人民代表怎样剥夺他的权利，我们等到后面讲，和逮捕一起讲。

（五）异地拘留

甲县公安机关到乙县去拘留某一个犯罪嫌疑人，在这个时候我们特意地强调了一个什么管辖？地域管辖。这个时候应当通知当地的公安机关还是可以通知？应当通知。而且当地的公安机关是应当协助还是可以协助？应当协助。强调一个地域管辖。但是当地的公安机关应当协助。

三、拘留的羁押期限

拘留羁押期限分两种情况。一个是公安机关拘留羁押期限，一个是检察机关拘留羁押期限。不一样，有几个区别。把犯罪嫌疑人拘留几天以内应当释放？3天。这3天是不是就是说拘留的羁押期限呢？不是。因为在这个过程中，他还是关着的，检察院在几天之内批准这个逮捕决定呢？7天。所以拘留羁押期限一般是3加7多少天？10天。什么是3？什么是7？3天是拘留，拘留以后3天以内报捕，7天检察机关检查批准逮捕时间。3加7等于10。那是一般的情况。如果案件特殊的，就是逮捕的时间可以延长到几天？1~4天。所以在这种情况下，检察机关仍然在几天内作出决定？7天。所以说等于多少？14天，特殊的是14天。那么现实生活当中情况是非常复杂的，对于流窜作案、结伙作案，多次作案，逮捕的时间可以延长至多少天？30天。检察机关仍然在几天之内作出决定？7天。所以，第三种是非常特殊的一种情况，是30+7。这3种情况的数字，第一种3+7，第二种3+4+7，第三种30+7。30+7的只有流窜作案、结伙作案，多次作案。也就是我们通常所说的流、结、多。这个是公安机关的拘留羁押期限，那我们看检察机关的拘留羁押期限。

大家想一下，检察机关有几种情况下可以决定拘留？两种。有没有流、结、多的那种情况？没有。所以检察机关的拘留羁押期限有没有可能到37天？没有。所以大家注意了，检察机关的拘留羁押期限是10天、14天。

为了方便大家记忆，把拘留的羁押期限总结如下：

【公安拘留羁押期限】

（1）10天（3+7=10；3天内公安上报检察院，检察院7天内作出是否批捕的决定）。

（2）最长14天（若案情复杂，可以延长1~4天；即3+4+7=14天）。

（3）37天最长期限（对于流窜、结伙作案、多次作案的，公安机关可以延长至30天，检察院7天内作出是否批捕的决定，即30+7=37天）。

【检察拘留羁押期限】

10天或者14天。

四、刑事拘留与民事拘留、行政拘留的区别

这个非常简单，大家仔细看，它的性质完全是不一样的。因为行政拘留我们知道前面我们讲它是行政处罚。民事拘留是司法拘留，大家自己看下表，我就不多讲了，非常简单，不要背。

刑事拘留与民事拘留、行政拘留的区别

区　　别	刑事拘留	民事拘留	行政拘留
(1) 法律性质不同	保障刑事诉讼顺利进行的强制措施，本身不具有惩罚性，是一种审判前的羁押	是对妨害民事诉讼行为的人采取的，具有惩罚的性质	对违反《治安管理处罚条例》的人采取的，具有惩罚性质
(2) 法律依据不同	《刑事诉讼法》	《民事诉讼法》	《治安管理处罚法》、《行政处罚法》
(3) 适用对象不同	现行犯或者重大嫌疑分子	妨害民事诉讼行为的人，包括民事诉讼参与人，也包括案外人	违反《治安管理处罚条例》，不构成犯罪的人
(4)采用的机关不同	公安机关、人民检察院	人民法院	公安机关
(5) 适用目的不同	防止犯罪嫌疑人逃跑、自杀或者继续危害社会，保证刑事诉讼的顺利进行	保障民事诉讼的顺利进行	惩罚一般的行政违法者
(6) 羁押期限不同	一般 14 日，对流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子的最长拘留期限为 37 日	15 日以下	15 日
(7) 法律后果不同	先行拘留一日的可以折抵刑期一日	是对有妨害诉讼行为人的惩戒，与判决结果无任何关系，可以提前释放	是对违反《治安管理处罚条例》人的处罚

第六节　逮　　捕

《刑事诉讼法》

第五十九条　逮捕犯罪嫌疑人、被告人，必须经过人民检察院批准或者人民法院决定，由公安机关执行。

第六十条　对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人，采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的，应即依法逮捕。

对应当逮捕的犯罪嫌疑人、被告人，如果患有严重疾病，或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女，可以采取取保候审或者监视居住的办法。

《六机关规定》

26. 修改后的刑事诉讼法将原刑事诉讼法关于逮捕条件中“主要犯罪事实已经查清”的规定修改为“有证据证明有犯罪事实”。其中“有证据证明有犯罪事实”，是指

同时具备下列情形：

（一）有证据证明发生了犯罪事实；

（二）有证据证明犯罪事实是犯罪嫌疑人实施的；

（三）证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的证据已有查证属实的。

犯罪事实可以是犯罪嫌疑人实施的数个犯罪行为中的一个。

《刑事诉讼法》

第六十八条 人民检察院对于公安机关提请批准逮捕的案件进行审查后，应当根据情况分别作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定。对于批准逮捕的决定，公安机关应当立即执行，并且将执行情况及时通知人民检察院。对于不批准逮捕的，人民检察院应当说明理由，需要补充侦查的，应当同时通知公安机关。

《六机关规定》

27. 人民检察院审查公安机关提请批准逮捕的案件，应当作出批准或者不批准逮捕的决定，对报请批准逮捕的案件不另行侦查。

《刑事诉讼法》

第六十九条 公安机关对被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在拘留后的三日以内，提请人民检察院审查批准。在特殊情况下，提请审查批准的时间可以延长一日至四日。

对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请审查批准的时间可以延长至三十日。

人民检察院应当自接到公安机关提请批准逮捕书后的七日以内，作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定。人民检察院不批准逮捕的，公安机关应当在接到通知后立即释放，并且将执行情况及时通知人民检察院。对于需要继续侦查，并且符合取保候审、监视居住条件的，依法取保候审或者监视居住。

第七十一条 公安机关逮捕人的时候，必须出示逮捕证。

逮捕后，除有碍侦查或者无法通知的情形以外，应当把逮捕的原因和羁押的处所，在二十四小时以内通知被逮捕人的家属或者他的所在单位。

第七十二条 人民法院、人民检察院对于各自决定逮捕的人，公安机关对于经人民检察院批准逮捕的人，都必须在逮捕后的二十四小时以内进行讯问。在发现不应当逮捕的时候，必须立即释放，发给释放证明。

《刑诉法解释》

第七十八条 人民法院作出逮捕决定后，应当将逮捕决定书送交公安机关执行。将被告人逮捕后，人民法院应当将逮捕的原因和羁押的处所，在二十四小时内通知被逮捕人的家属或者其所在单位；确实无法通知的，应当将原因记录在卷。

《刑事诉讼法》

第七十五条 犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者犯罪嫌疑人、被告人委托的律师及其他辩护人对于人民法院、人民检察院或者公安机关采取强制措施超过法定期限的，有权要求解除强制措施。人民法院、人民检察院或者公安机关对于被采取强制措施超过法定期限的犯罪嫌疑人、被告人应当予以释放、解除取保候审、监视居住或者依法变更强制措施。

《刑诉法解释》

第八十条 对已经逮捕的被告人，符合下列情形之一的，人民法院可以变更强制措施：

（一）患有严重疾病的；

（二）案件不能在法律规定的期限内审结的；

（三）正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女。

第八十一条 对已经逮捕的被告人，符合下列情形之一的，人民法院应当变更强制措施或者释放：

（一）第一审人民法院判处管制或者宣告缓刑以及单独适用附加刑，判决尚未发生法律效力的；

（二）第二审人民法院审理期间，被告人被羁押的时间已到第一审人民法院对其判处的刑期期限的；

（三）因进行司法鉴定而尚未审结的案件，法律规定的期限届满的。

一、有权逮捕的主体

（一）批准逮捕权

批准逮捕权，前面我们讲哪一个？检察机关。

（二）决定逮捕权

决定逮捕权一个是法院。还有哪一个？检察院。检察院什么情况下决定？自侦案件。法院什么时候决定？审判阶段。

（三）执行逮捕权

无论是检察院批准，或者是决定，或者由法院决定逮捕，都是由哪一机关执行？公安机关执行。如果是危害国家职权的，由哪个机关执行？国家安全机关。

二、逮捕的适用条件

逮捕的适用条件，一定要背熟。第一个是证据要件，也就是证据标准。前面我们讲了，逮捕的证据标准是什么？有证据证明有犯罪事实。那么怎样理解有证据证明有犯罪事实？分几个部分？三个部分。第一个是有证据证明发生了犯罪事实。第二个是有证据证明犯罪事实是犯罪人所为。第三个是有证据查明属实的。要不要所有的证据都有？不

需要。所以逮捕的标准肯定比定罪的标准低还是高？低。因为定罪的标准是什么？犯罪事实清楚，证据确凿。逮捕只要部分证据就行了。这个是标准。第二个，刑罚依据。可能判几年有期徒刑？有期徒刑以上即可，没有要求3年以上有期徒刑。大家注意了，采取取保候审、监视居住不足以防止社会危险性的发生，还有逮捕之必要的。含有必要性要求。什么意思呢？从立法的意图来看，是尽量逮捕还是不逮捕？尽量不或者是少逮捕。因为逮捕毕竟是完全剥夺人身自由，所以对人的影响是非常大的。所以大家注意了，除了证据因素和刑罚因素，可能判处有期徒刑以上刑罚之外，还必须有逮捕的必要。这三个要件缺一不可。如果一个人，犯了三个罪，只有一个罪符合逮捕的条件，逮捕不逮捕？逮捕。数罪当中只有一个罪符合条件就可以了。这是逮捕的适用条件。

三、逮捕的程序

（一）决定期限

如果这个人是被拘留的，检察院应当在几天内作出批准逮捕的决定？7天。如果没有被拘留是多少天？15天。最长不得超过多少天？20天，最长不能超过20天。

（二）检察机关审查后的处理：批准、不批准（没有退回补充侦查）

检察机关审查后的处理只有两种，一种是批准逮捕，一种是不批准逮捕。这个就非常简单。

（三）批准逮捕之后的执行

执行刚才讲首先是哪个执行？公安机关执行。警察一个人执行行不行？不行。几个人？两人。所有的公权力行使都是几个人？两人以上。两个24。哪两个24？第一个跟拘留一样的，逮捕后的24小时内，除非是有碍侦查，或者是无法通知的情形。将羁押的原因和场所告知他的家属或者是所在单位。多少小时内进行讯问？24小时。这个大家掌握没问题了，关键是什么问题呢？如果是法院、决定逮捕，哪一个机关执行？公安机关执行。哪一个机关讯问？法院、检察院决定逮捕，哪一级讯问？哪一级通知？大家注意了，这个实行的原则仍然是谁决定谁通知。如果是检察院和法院决定的，是谁决定谁通知谁讯问。大家要注意了，如果是公安机关在侦查阶段，申请批准逮捕，检察院批准。检察院批准之后，这个时候谁讯问？谁通知？公安机关。道理非常简单。因为检察院决定的案件，两种情况。一个是检察院自侦案件，还有一个审查起诉阶段。法院决定的是已经到了审判阶段。那么在侦查阶段就应该是哪个讯问哪个通知呀？公安机关。这个要搞清楚。法院决定逮捕的，应当由法院通知；检察院决定逮捕的，检察院通知；侦查阶段，公安机关通知，公安机关讯问。

问题出现了，异地拘留，刚才是应当通知当地公安机关，当地机关应当协助。司法考试中会出现这样一种情况，公安机关把犯罪嫌疑人逮捕了，逮捕了可以申请取保候审。或者还有一种情况，就是公安机关自己发现这个人不应该逮捕，或者是采取变更措施把他释放了。那么请问大家，刚才这个批准逮捕需要检察机关的什么？同意。那么变更这个逮捕措施，把逮捕变成为其他的强制措施，或者释放他，要不要经过原来批准的检察机关同意？不需要。这个要明确。释放或者是变更逮捕措施的，不需要经过原批准的检察机关，但是你要怎么样？通知他。为什么要通知他？以便他监督。不能说你想放

人就放出来了。大家注意了，应通知检察院。

（四）不批准的救济

前面讲了批准逮捕的执行，包括相关的一些情况。那么如果不批准，公安机关要求检察机关批准逮捕行为的，检察机关没有同意，作出了不批准逮捕的决定，那么公安机关认为这个案件需要把犯罪嫌疑人羁押起来，而检察机关不羁押，那么在这个时候法律为公安机关规定了一定的救济措施。救济有两个，一个是复议，一个是复核。复议向原批准机关。复核实际上是哪一个？上一级。那么请问大家，人现在已经被拘留了，检察机关如果做了不批准逮捕的决定，这个时候公安机关若是不同意，甚至说，如果检察机关不同意逮捕的话，公安机关要向上级检察机关提出复核，那么这个时候，被羁押的，或者是被拘留的犯罪嫌疑人能不能羁押？不能。在这个时候怎么办？应当释放或者把拘留变为其他的强制措施。上级检察机关能不能要求下级检察机关改变不批准逮捕决定？可以。必要的时候，上级检察机关能不能直接作出批准逮捕决定？可以。因为上下级是领导关系。要注意一下，如果不拘留的，检察机关做了不批准逮捕决定，在复议和复核期间应当释放在押的犯罪嫌疑人，或者是变更强制措施。

（五）特殊的犯罪嫌疑人的逮捕程序

首先要注意对人大代表的逮捕程序。人大代表我们前面讲了，他在我们国家的地位非常的特殊，他代表人民民主权利，所以不能随意地剥夺他的人身自由。对于人大代表，检察机关有没有权利进行逮捕？我先讲县级以上的，县级以上的检察机关有没有决定权？没有。应该报哪一个决定？人大代表所在的人大常委会或者是主席团。这是一个问题，一般的情况下，批准逮捕人大代表的决定权，由他所在的人大常委会或者是主席团作出。问题是，现实生活中有这样的一些情况，甲县的检察院想逮捕乙县的人大代表，这个时候怎么处理？能不能直接将甲县检察院的案子报到乙县人大常委会或者是主席团？不能。这个时候要遵循一个什么原则？地域选择。甲县检察院要是逮捕乙县的人大代表，这个时候，甲县应当报给哪一个？乙县检察院。乙县检察院再报给哪一个？乙县人大常委会或者是主席团。这是第一个，不同地域，强调一个地域原则。第二个，有这样一种情况，甲县检察院要想逮捕这个市的人大代表，那么在这个时候，这个县检察院能不能直接说把这个案件报到市人大常委会或者是主席团？不能。这个时候要根据什么原则呢？级别原则。他只能把案子上报给哪一个？市检察院。再由市检察院报到市人大常委会或者是主席团。大家注意了，这是第二个，级别。第三个，有些人大代表，既是县人大代表，又是省人大代表，或者是市人大代表有可能还是省人大代表，可能还是全国人大代表。这个时候这个县检察院要想逮捕这个是多层级的人大代表，多个级别的人大代表，怎么办？是报到最高级别，还是分别报？应该分别报批。大家注意了，第三个是分别报批原则。最后一个，就是乡镇人大代表。乡镇人大代表，因为我们知道检察院至少是哪个级？县级。那么检察院要想逮捕乡镇人大代表，要不要报到乡镇主席团，要不然逮捕不了。有没有这种讲法？没有。大家注意了，他可以直接逮捕，但是要怎么样？通知这个乡镇人大代表所在的人大主席团。这是几个小问题大家熟悉一下，就是不同地域、不同级别、多个级别的人大代表的逮捕，还有乡镇人大代表的逮捕问题都要清楚。

再看看外国人、无国籍人涉嫌犯罪的逮捕程序。涉及国家安全、政治外交的案件，一直要层报到哪一级？最高检。最高检要征求什么？外交部的意见。其他的案件、其他的受案人员要到哪级执行？省级。注意，一个是报到最高中央一级，一个是报到省一级就行了。《最高检规则》第93条和第94条，2006年、2007年已经连续两年考到了，大家仔细看看。

《最高检规则》

第九十三条 人民检察院对担任本级人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，应当报请本级人民代表大会主席团或者常务委员会许可。

对担任上级人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，应当层报该代表所属的人民代表大会同级的人民检察院报请许可。

对担任下级人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，可以直接报请该代表所属的人民代表大会主席团或者常务委员会许可，也可以委托该代表所属的人民代表大会同级的人民检察院报请许可；对担任乡、民族乡、镇的人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，由县级人民检察院报告乡、民族乡、镇的人民代表大会。

对担任两级以上的人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，分别依照本条第一、二、三款的规定报请许可。

对担任办案单位所在省、市、县（区）以外的其他地区人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，应当委托该代表所属的人民代表大会同级的人民检察院报请许可；担任两级以上人民代表大会代表的，应当分别委托该代表所属的人民代表大会同级的人民检察院报请许可。

第九十四条 外国人、无国籍人涉嫌危害国家安全犯罪的案件或者涉及国与国之间政治、外交关系的案件以及在适用法律上确有疑难的案件，需要逮捕犯罪嫌疑人的，由分、州、市人民检察院审查并提出意见，层报最高人民检察院审查。最高人民检察院经征求外交部的意见后，决定批准逮捕。经审查认为不需要逮捕的，可以直接作出不批准逮捕的决定。

外国人、无国籍人涉嫌本条第一款规定以外的其他犯罪的案件，由分、州、市人民检察院审查并提出意见，报省级人民检察院审查。省级人民检察院经征求同级政府外事部门的意见后，决定批准逮捕，同时报最高人民检察院备案。经审查认为不需要逮捕的，可以直接作出不批准逮捕的决定。

四、逮捕的变更

（一）逮捕变更为其他措施

我还得解释一下，就是可以把逮捕变更为取保候审或者是监视居住的。就是本应该逮捕他，但是他患了严重的疾病，或者是哺乳自己的婴幼儿。哺乳自己的孩子，少了一个怀孕。怀孕哺乳自己的婴儿，自己的婴儿得几周岁？一周岁。你不能说我家小孩子身

体弱，3岁还需要吃奶，这个不行的。超过法定羁押期限，我前面讲了，怎样理解超过法定羁押期限可以把他变更为取保候审或者是监视居住。能不能理解为可以取保候审，可以监视居住，可以逮捕？不能，只能把它理解为可以取保候审，或者是监视居住。这个大家注意了，这个是一个大难题，怎样正确地理解各法条？我问一些相关的问题。请问，如果某人被逮捕了，哪些人有权申请取保候审？被告人本人，还有什么？法定代表人。还有什么？近亲属。还有什么？是辩护人还是律师辩护人？律师辩护人。如果要求解除这个超羁押的人，其他的辩护人也可以。那么下面是应当变更执行或者是解除的情况，一审判决管制、宣告缓刑，单独处以附加刑的，在这个时候应当解除强制措施。逮捕刚才说了，是完全剥夺人身自由。而一审判决判的是什么？管制性质比较低，不是羁押形式。缓刑也不是羁押形式。单处附加刑也不是羁押形式。所以按照罪刑相适应这种情况，因为我们知道，逮捕1日要折抵刑期1日。所以，如果判的是管制或者是缓刑，都不需要羁押，取保候审也不需要羁押，采取强制措施把他羁押起来，这个肯定是不成比例的。所以按照这个比例来说，是应当解除强制措施。包括羁押期限已到一审判决的刑期，我跟大家讲过，一审判6个月，羁押就7个月。本来是羁押1个月，一折抵还欠着他1个月。所以在这种情况下应当解除强制措施。不符合逮捕条件的，肯定是不能逮捕。

（二）其他措施变为逮捕

符合逮捕条件的，其他措施变为逮捕。要理解，不要死记硬背。对于被取保候审或者被监视居住的人，如果有社会危险性；严重疾病、哺乳的情形消失之后，应变更为逮捕。

第九章　附带民事诉讼

第一节　概　　述

什么叫附带民事诉讼，就是在解决被告人刑事责任的同时，解决因犯罪行为而引起的物质损害赔偿问题。刑事附带民事诉讼，主要是有益于处理民事案件，提高办事效率而采取的。前面讲刑事诉讼概念的时候提到，附带民事诉讼，从本质上看，是刑事诉讼还是民事诉讼？民事诉讼。因为它解决的是财产问题。所以大家注意了，附带民事诉讼，既然从本质上看，是一个民事诉讼，那么它的法律渊源，除了我们刑法、刑事诉讼法之外还有什么？民法和民事诉讼法。

第二节　成立条件

《刑事诉讼法》

第七十七条　被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。

如果是国家财产、集体财产遭受损失的，人民检察院在提起公诉的时候，可以提起附带民事诉讼。

人民法院在必要的时候，可以查封或者扣押被告人的财产。

《刑诉法解释》

第八十四条　人民法院受理刑事案件后，可以告知因犯罪行为遭受物质损失的被害人（公民、法人和其他组织）、已死亡被害人的近亲属、无行为能力或者限制行为能力被害人的法定代理人，有权提起附带民事诉讼。

有权提起附带民事诉讼的人放弃诉讼权利的，应当准许，并记录在案。

第八十六条　附带民事诉讼中依法负有赔偿责任的人包括：

（一）刑事被告人（公民、法人和其他组织）及没有被追究刑事责任的其他共同致害人；

（二）未成年刑事被告人的监护人；

（三）已被执行死刑的罪犯的遗产继承人；

（四）共同犯罪案件中，案件审结前已死亡的被告人的遗产继承人；

（五）其他对刑事被告人的犯罪行为依法应当承担民事赔偿责任的单位和个人。

第八十八条　附带民事诉讼的起诉条件是：

（一）提起附带民事诉讼的原告人、法定代理人符合法定条件；
（二）有明确的被告人；
（三）有请求赔偿的具体要求和事实根据；
（四）被害人的物质损失是由被告人的犯罪行为造成的；
（五）属于人民法院受理附带民事诉讼的范围。

《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》[1]

根据刑法第三十六条、第三十七条、第六十四条和刑事诉讼法第七十七条的有关规定，现对刑事附带民事诉讼的范围问题规定如下：

第一条 因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，可以提起附带民事诉讼。

对于被害人因犯罪行为遭受精神损失而提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理。

第二条 被害人因犯罪行为遭受的物质损失，是指被害人因犯罪行为已经遭受的实际损失和必然遭受的损失。

第三条 人民法院审理附带民事诉讼案件，依法判决后，查明被告人确实没有财产可供执行的，应当裁定中止或者终结执行。

第四条 被告人已经赔偿被害人物质损失的，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。

第五条 犯罪分子非法占有、处置被害人财产而使其遭受物质损失的，人民法院应当依法予以追缴或者责令退赔。被追缴、退赔的情况，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。

经过追缴或者退赔仍不能弥补损失，被害人向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼的，人民法院可以受理。

一、以刑事诉讼成立为前提

以刑事诉讼成立为前提是什么意思？刑事附带民事诉讼，如果没有刑事，就不存在附带的问题。

二、原告人符合法定条件

符合哪些条件可以作为原告人呢？我给大家列举了，无行为能力人，或者是被害死亡的，由法定代理人、监护人，或者是继承人代为诉讼的人，大家注意了法定代理人、监护人相对应的是哪一个？无行为能力人，继承人对应是哪一个？死亡的。如果无行为能力人被打傻了，或者是丧失行为能力了，这个时候他没有死，在没有死亡的情况下，原告写哪一个？是写他本人还是写法定代理人？既然他没有死亡，他有没有资格？资格还在。所以原告仍然写什么？本人。如果他死亡了，能不能以死亡的被害人作为原告

[1] 2000年12月4日最高人民法院审判委员会第1148次会议通过，法释［2000］47号。

人？不行。这个时候必须以哪个人的名义？继承人。这个和民法是相同的，我就不多讲了。如果国家、集体财产造成损害的，检察机关可不可以提起呢？可以提起。还有两点大家注意一下，如果我是公民，我的财产遭受损失的，我个人不想提起，检察机关说你不提起诉讼，我替你提，行不行？不行，他必须限制在什么范围？国家、集体。第二个必须是相关的单位没有提起。就是相比他的权利，消极替代。所以在这个时候，检察机关从国家、从集体这个角度出发，保护国家、集体的财产而提起。第三种是可以提起，不是应当。国家财产造成损失大概是1000元，在这个时候检察机关提起民事诉讼，花费的是10万元，这个时候也没有必要提起。因此，立法是一个弹性、理智的规定，是“可以”提起。

三、有明确的被告人及具体的要求和事实依据

有明确的被告人，就是必须知道是哪一个人伤害你的，是哪个人损害你的财产，这是一个。第二个，具体的要求。能不能笼统地写一个，我要求被告人赔偿我的损失？不能。我提起一个民事诉讼，诉讼请求，要求被告赔偿我的物质损失，所有的物质损失。能不能有这个诉讼请求？这个诉讼请求具体不具体？不具体。必须要写多少钱。否则这个请求不会得到法院裁决。为什么？法院有没有义务给你确定金额？没有。法院只是在你的请求范围之内再判决，你没有具体的请求，它不会判决，它要保持中立。这个时候大家要注意了，要针对具体的事例。

那么哪些人可以成为被告人呢？第一个，未成年人的监护人。如果一个未成年人作为被告人，告他赔偿物质损失，能不能以未成年人本人作为被告人？一个11岁的小孩把另外一个人刺伤了，花了医药费1万块钱。能不能以小孩本人作为被告人？能。但是，具体的诉讼原因就不一样了。如果以本人为被告人，就是未成年人本人作为被告人，在这个时候诉因是什么？侵权。如果以未成年人的父亲作为被告人，诉讼原因出于什么？没有履行监护的职责。告两个人都可以，但是具体的诉讼原因不一样，要理解它。未追究刑事责任的共同致害人，什么叫未追究刑事责任的共同致害人？就是甲乙两人把丙打伤了，打得不重，轻伤，丙花的医药费。在这样的情况下，丙只追究甲一个人的刑事责任可不可以？可以。所以，甲乙两个人把丙打伤了，甲是主犯，乙是从犯或者是协助犯。在这种情况下，由甲一个人付费，可以不可以？可以。但是这个时候，追究甲一个人的刑事责任，是不是等于就不对乙追究民事责任了？不是的。那这个时候能不能把这个没有追究刑事责任的乙作为民事被告人？可以。这里有几个法律关系？两个法律关系。一个是刑事，另一个是民事。乙就被称为未追究民事行为责任的共同致害人。要理解。当然，当一个刑事被告人死亡的情况下，可以把遗产继承人作为被告人。

四、被害人的物质损失是由被告人的犯罪行为造成的

被害人的物质损失是由被害人犯罪行为造成的。第一个，被害人物质损失有两点。一个是物质损失，一个是犯罪损失。请问大家，对于精神损害，能不能提附带民事诉讼？精神损害不能提起附带民事诉讼。

第二个，对于犯罪行为，在另行提起民事诉讼当中，能不能提出精神损害赔偿？对

于犯罪行为不能提起精神损害赔偿，包括另行提起民事诉讼也不行。这个规矩合理不合理？不合理。一般的刑事诉讼都附带民事诉讼。犯罪行为是严重的侵权。所以大家注意了，这个立法遭到人们的一致批驳，但是没办法，现在还是这样规定的。其实它在回避问题，如果允许这个刑事案件对精神损害可以提出物质赔偿要求的情况下，大家想一下会产生一个什么问题？法院判决会困难。很难说精神损害赔偿是多少。它在规避问题。另外我们刑事立法受前人的影响比较大，人的精神不可以用金钱来衡量。精神损失，所以这个是第二个要注意的问题。

第三个，对物质损失怎么理解。物质损失间接地提出。我举个例子，那天我准备到天津讲课，乘出租车到火车站，这个车司机拉另一个人跑了，把我给打下去了，打成轻伤，花了医药费 1000 元。这个 1000 元司机是要给的。我说我到天津讲课，一天多少钱？1000 元吧。我两天 2000 元。这两天算医药费吗？对于这两天，这个钱可不可以提出来，或者提出来会不会得到法院的支持？不会得到法院的支持。这个是不是实际的？不是的。它仅仅是一个期待值。但是有没有必然发生的？怎么样理解这个必然？就是把一个未成年人打骨折了，他装的是假肢，因为未成年人还在发育，这个假肢不够大了，这个换假肢的钱肯定是要花的，这个就是必然发生的。怎样来理解实际的必然，实际上很好理解，像误工费，营养费，看护费，实际已经发生了。

那么再来看犯罪行为。这个问题讲一个大题目，就是后面的案例分析。甲乙两个邻居，甲在乙的房子旁边建了一个房子，结果就影响了乙的通风采光，乙对甲，说你这个房子盖的影响我的通风采光，你不要在这儿盖。甲说我非要在这儿盖，结果两个人打起来了。甲一不小心把乙打伤了。乙就提起了刑事诉讼。可不可以？可以。但是提起刑事诉讼的同时，他提起了附带民事诉讼。可不可以？也可以。这个刑事案例我就不讲了，讲附带民事诉讼请求。

第一个，乙要求甲赔偿精神损失费 5000 元，这个肯定是不行的。第二个，乙要求甲拆除非法建筑。行不行？不行。为什么？这个是不是犯罪行为引起的？他建房子的行为是不是犯罪行为？不是的。大家注意了，必须是犯罪行为，如果他要求甲把这个房子拆掉，他必须通过什么途径，另行提起民事诉讼。每一点都要理解。另一个问题刚才已经讲过了，乙要求甲赔偿医药费、误工费、营养费，可不可以？不可以。这个理由具体不具体？不具体。他必须要明确，你要赔偿我医疗费多少钱，误工费多少钱。必须要写具体的数额。

我们再来做个题目。甲方两个人是好朋友，甲把自己家值钱的宝贝放在乙家保管，因为他要出国。几天之后乙回来了说，你把我们家古董还给我。乙说，什么？我听不懂。甲说，我在出国之前交给你保管的。乙说，没有这么回事啊。这个是什么案件？侵占保管物。在这样的一种情况下，甲能不能对乙提起诉讼？可以。自诉案件总共有几类？三类。这个是第几类？第一类，告诉才处理中最后一类绝对的自诉案件。他在提起刑事诉讼的同时，能不能提起民事诉讼，要求乙返还他的古董？这个时候他不能提起附带民事诉讼了。注意了，这里有一个司法解释。在这个时候，需不需要这个被告人提起附带民事诉讼？不需要。法院直接作出一个什么判决？追缴。或者是什么？返还。问题出现了。现在乙侵占甲的保管物，这个是成立的。但是乙说那个古董我后来摔碎了，就



是不给你。假如说我的古董至少值100万元，乙说这个东西我最多给你1万元。法院最后认定了是10万元，法院说你把他的东西摔碎了。或者有可能是人为丢掉了，你拿10万元。甲不干了，我这个东西是爷爷传给我的，至少值100万元，你现在判10万元，还差90万元。这个时候甲如果要补差价的话，就是把这个差价补回来，他用什么方式？只能怎么样？另行提起民事诉讼。民事诉讼非法占有处置的，这个是最高人民法院刑事附带民事诉讼第5条，非法占有处置被害人财产而造成损失的，由法院直接追缴或者是责令退回。法院直接地作出这样一个判决。如果说追缴不能弥补损失的，只能由其另行提起民事诉讼。看书要仔细。这是物质损失，按照犯罪情形，它的知识点比较多，考点都集中在这里。

第三节　附带民事诉讼的提起期限和方式

《刑诉法解释》

第八十九条　附带民事诉讼应当在刑事案件立案以后第一审判决宣告以前提起。有权提起附带民事诉讼的人在第一审判决宣告以前没有提起的，不得再提起附带民事诉讼。但可以在刑事判决生效后另行提起民事诉讼。

第九十条　在侦查、预审、审查起诉阶段，有权提起附带民事诉讼的人向公安机关、人民检察院提出赔偿要求，已经公安机关、人民检察院记录在案的，刑事案件起诉后，人民法院应当按附带民事诉讼案件受理；经公安机关、人民检察院调解，当事人双方达成协议并已给付，被害人又坚持向法院提起附带民事诉讼的，人民法院也可以受理。

一、期限（立案到一审判决宣告之前）

提起附带民事诉讼期限是从立案到一审判决宣告之前，请问大家，在侦查阶段能不能提起民事诉讼？可以。审查起诉机关可不可以？可以。审查阶段可不可以？可以。但是侦查阶段、审查起诉阶段向哪个提出来？公安机关或者是检察机关。这个时候如果向公安机关或者是检察机关提起，公安机关或者是检察机关应当怎么样？记录。第二步要做什么？随案要移送。这个了解一下就行了，关键需要大家了解的是什么呢？就是在侦查阶段，或者是审查起步阶段，公安机关和检察机关可不可以主持调解？可以主持调解。但是我们知道调解效率是高还是低？是低的。因为只有哪个调解效率才是高的？法院调解。问题出现了。如果公安机关、检察机关主持调解，而且双方当事人都已经履行完毕，都已经到了这个程度，但是又反悔的。什么意思？甲乙两个人打架，甲把乙打伤了，最后检察院进行调解，甲赔偿乙1万元。甲答应赔偿乙了，乙也接受了，最后履行完毕了。履行完毕之后，乙最终享受赔偿了。这个时候他又向法院起诉，可不可以？法院是可以受理的。附带民事诉讼的期限是在判决宣告之前，大家注意了，它喜欢怎么考

呢？法院调查阶段被害人能不能继续提起附带民事诉讼？可以。法庭辩论阶段可不可以？都可以。一审判决宣告之前都可以。立案、侦查、审查、起诉，包括整个一审阶段都可以。请问大家，如果一审阶段没有提起附带民事诉讼，二审期间能不能提起？不能。

在二审阶段可以增加诉讼请求或者对方可以反诉。在二审当中可不可以增加独立的诉讼请求？所谓独立的诉讼请求是与原来的诉讼请求有差别，原来没发现，现在发现了，增加独立的诉讼请求。或者对方提起反诉。反诉是什么意思呢？就是相互。甲打乙，乙打甲，在这个时候双方当事人可以提出反诉。大家注意了，在二审当中增加独立的诉讼请求或者是增加反诉，必须以什么方式提起？调解方式。为什么在二审当中，增加独立的诉讼请求或者是增加反诉，必须以调解的方式，因为在我们国家是几审终审？二审是终审。一个诉讼原则上是两审终审，如果这个时候判决作出来的话，问题出现了。这个增加的独立诉讼请求，或者对方反诉的诉讼标的，只审了一次。那通过什么样的方式可以规避两审终审呢？调解方式。因为调解成功之后立即发生法律效力。所以大家注意可以调解来结案。如果调解不成的，只能告诉他另行起诉。也不是说没有办法来拒绝，是可以的。这个是提起独立诉讼请求，或者是增加反诉。

如果仅仅是增加赔偿数额的，做法就不一样了。原来赔偿是5000元，到后来才发现5000元又增加70元。请问大家，这个时候事实是不是一个？是一个。所以在这个时候法律规定了可以调解。法院也可以直接作出一个判决。因为事实是相同的。

【注意】

在二审中可以增加独立的诉讼请求或者对方反诉，应以调解的方式结案，调解不成的，应当另行起诉。但是仅要求增加赔偿数额，可以调解；如果调解不成的，法院应当作出相应的判决或裁定。

二、方式（检察院；公民或单位）

附带民事诉讼的原告人有两个，一个是检察院，一个是公民或者是单位。公民既可以以书面的形式提起诉状，也可以以口头的形式提起。那么检察院能不能说书写有困难，可以以口头的？这是不行的。有很多方式提起的，这个形式是统一的。检察院必须以什么形式？书面。在这里面我稍微带一下，我们到后面还要讲。检察院提起附带民事诉讼，必须是在什么情况下？国家集体的财产遭受损失，而且是相对单位没有执行。检察院可以提起诉讼吗？可以。检察院提起的附带民事诉讼可不可以调解？检察院提起的附带民事诉讼不能调解。公民提起的可不可以？可以。因为检察院无法公民调解。这是我们国家一个基本的法律原则。

第四节　附带民事诉讼的审理一审程序

《刑事诉讼法》

第七十八条　附带民事诉讼应当同刑事案件一并审判，只有为了防止刑事案件审判

的过分迟延，才可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。

《刑诉法解释》

第九十九条 对于被害人遭受的物质损失或者被告人的赔偿能力一时难以确定，以及附带民事诉讼当事人因故不能到庭等案件，为了防止刑事案件审判的过分迟延，附带民事诉讼可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理。如果同一审判组织的成员确实无法继续参加审判的，可以更换审判组织成员。

第九十六条 审理附带民事诉讼案件，除人民检察院提起的以外，可以调解。调解应当在自愿合法的基础上进行。经调解达成协议的，审判人员应当及时制作调解书。调解书经双方当事人签收后即发生法律效力。

调解达成协议并当庭执行完毕的，可以不制作调解书，但应当记入笔录，经双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章即发生法律效力。

第九十七条 经调解无法达成协议或者调解书签收前当事人反悔的，附带民事诉讼应当同刑事诉讼一并判决。

二审程序在二审里面讲。相关的解释，包括法条都在这里面。有一些地方比较重要，有一些地方不太重要。

（1）人民法院受理刑事案件，可以告知因犯罪行为遭受物质损失的被害人（公民、法人和其他组织）、已死亡被害人的近亲属、无行为能力或者限制行为能力被害人的法定代理人，有权提起附带民事诉讼。

（2）人民法院收到附带民事诉状后，应当进行审查，并在7日以内决定是否立案。对于符合起诉条件的，应当受理；不符合的，应当裁定驳回起诉。

（3）人民法院受理附带民事诉讼后，应当在5日内向附带民事诉讼的被告人送达附带民事诉讼起诉状副本，或者将口头起诉的内容及时通知附带民事诉讼的被告人，并制作笔录。被告人是未成年人的，应当将附带民事起诉状副本送达其法定代理人。人民法院送达附带民事起诉状副本时，应当根据刑事案件审理的期限，确定被告人或者其法定代理人提交民事答辩状的时间。

（4）附带民事诉讼案件的当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

（5）人民法院审理附带民事诉讼案件，在必要时，可以决定查封或者扣押被告人的财产。但在查封或者扣押过程中，应当注意，不能查封或者扣押被告人享有所有权以外的他人的财产。

（6）在刑事附带民事诉讼案件的审理中，被告人已经赔偿被害人物质损失的，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。

（7）审理附带民事诉讼案件，除人民检察院提起的以外，可以调解，调解应当在自愿合法的基础上进行。经调解达成协议的，审判人员应当及时制作调解书。调解书经双方当事人签收后即发生法律效力。调解达成协议并当庭执行完毕的，可以不制作调解书，但应当记人笔录，经双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章即发生法律效力。经调解无法达成协议或者调解书签收前当事人反悔的，附带民事诉讼应当同刑事诉



讼一并开庭审理。

(8) 开庭审理时，一般应当分阶段进行，先审理刑事部分，然后审理附带民事部分。

(9) 附带民事诉讼的原告人经人民法院传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，应当按自行撤诉处理。

(10) 对于被害人遭受的物质损失或者被告人的赔偿能力一时难以确定，以及附带民事诉讼当事人因故不能到庭等案件，为了防止刑事案件审判的过分迟延，附带民事诉讼可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理。如果同一审判组织的成员确实无法继续参加审判的，可以更换审判组织成员。

(11) 人民法院审判附带民事诉讼案件，除适用刑法、刑事诉讼法外，还应当适用民法通则、民事诉讼法的有关规定。

(12) 人民法院认定被告人的行为不构成犯罪的，对已经提起的附带民事诉讼，经调解不能达成协议的，应当一并作出刑事附带民事判决。

(13) 人民法院审理刑事附带民事诉讼案件，不收取诉讼费。

(14) 人民法院审理附带民事诉讼案件，依法判决后，查明被告人确实没有财产可供执行的，应当裁定中止或者终结执行。附带民事判决中财产的执行，依照民事诉讼法和最高人民法院的有关规定办理。

第十章　期间、送达

第一节　期间与期日

期间、期日就是公、检、法在参与诉讼程序的法定的时间内，进行相关的诉讼行为。期间期日我举几个例子，大家感受一下什么叫期间，什么叫期日。法院中，4 月 5 号开庭，这个是期间还是期日？期日。拘留羁押期限不应该超过几天？10 天。这 10 天是期间还是期日？期间。逮捕犯罪嫌疑人后，应当在 24 小时内进行讯问，24 小时是什么？期间。那么期间与期日的区别，通过下面这个例子让大家感觉出来。期日是共同进行某一诉讼行为的直接要求，还是某一个国家机关单独进行某一民事行为时的要求？法院说 4 月 5 号开庭，法院开庭要不要通知检察院，要不要通知当事人？要。法院能不能说 4 月 5 号自己单独把庭开了？不能。所以大家要注意了，期日是共同行为所遵守的规定，而期间，如公安机关要拘留的时间，这个时间就是公安机关的要求，它是单独的。一个共同的，一个单独的。第二个，先讲期日，期日是法定的，还是已定的？已定的。有没有法律规定，开庭必须在每月的 5 号开庭？因为 5 号是黄道吉日，没有这么规定的。期日是已定的。期间是什么？法定的。把这个理解就很好记了。第三个，期日仅仅规定了点，而期间一般是一个时间段。这个不要背，要理解。选择题要掌握这个。

第二节　期间的计算单位和方法

《刑事诉讼法》

第七十九条　期间以时、日、月计算。

期间开始的时和日不算在期间以内。

法定期间不包括路途上的时间。上诉状或者其他文件在期满前已经交邮的，不算过期。

《刑诉法解释》

第一百零三条　期间以时、日、月计算。期间开始的时和日不计算在期间以内；计算法定期间时，应当将路途上的时间扣除；期间的最后一日为节假日的，以节假日后的第一日为期间届满日期。但对于被告人或者罪犯的在押期间，应当至期间届满之日为止，不得因节假日而延长在押期限。

当事人由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由而耽误期限，依法申请继续进行应当在期限届满以前完成的诉讼活动，人民法院查证属实后，应当裁定准许。

以月计算的期限，自本月某日至下月某日为一个月，如本月一日收案至下一个月一日、本月最后一日至下一个月最后一日为一个月的审理期限；半月一律按十五日计算期限。

《六机关规定》

29. 关于刑事诉讼中期间的计算，期间的最后一日为节假日的，以节假日后的第一日为期间届满日期。但对于犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯在押期间，应当至期间届满之日为止，不得因节假日而延长在押期限至节假日后的第一日。

《刑诉法解释》

第一百零九条 审理公诉案件的期限，依照刑事诉讼法的规定执行。适用普通程序审理的被告人被羁押的自诉案件，应当在被告人被羁押后一个月内宣判，至迟不得超过一个半月。有刑事诉讼法第一百二十六条规定情形之一的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长一个月。

需要延长审理期限的，应当在期满七日以前报请高级人民法院批准或者决定。适用普通程序审理的被告人未被羁押的自诉案件，应当在立案后六个月内宣判。有特殊情况需要延长审理期限的，由本院院长批准，可以延长三个月。

期间的计算单位在刑事诉讼当中是时、日、月，没有年，但实际上有年，只是使用不上。刚开始的时、日、月不计算在期限内。我们看看，计算的特殊方式——法定节假日，这个是什么意思呢？就是如果接到案子的最后一天是法定假日，那要延续到下一个什么？下一个工作日。某一个判决是5月10号送来的，判决的上诉期限是哪一天？判决上诉期限是10天。5月10号这一天当天不算。从哪一天开始算？11、12、13、14……20。20号那一天刚好是星期六，要延长到22号。延续到第一个工作日。10天里面还有一个工作星期天，这个星期六、星期天算不算？中间的算不算？算。只是最后的一天，如果是法定节假日，延续到第一个工作日。某人早上8点半被拘传讯问开始，8点半。请问大家，什么时候开庭？早上9点。刚开始的时算不算？不算。或者按照整点计算。几点开始？9点，截止到晚上21点。这个要会。按照这个月4月10号开始审判的，请问大家，按照一般比率一个月，截止到哪一天？4月10号一审期间开始算，一审期间一般指一个月，截止到哪一天？5月几号？10号。用不用管这个月的月大月小？不需要。两个月份那一天日期相对应就行了。这个要理解。请问大家，如果这个人被羁押，羁押期限，一般不超过几个月？两个月。那么10月1日那天刚好到了两个月，请问大家，能不能顺延到第一个工作日——10月8号？不能。如果羁押的期限最后一天是法定节假日的，包括星期六、星期天、五一、十一、过春节，在这种情况下怎么样？当天释放。这个是法定节假日的。

路途上的时间不计算在一个期限内。举个例子，某人在广东被逮捕了，他在广州什么时候被逮捕的？晚上8点被逮捕了，然后9点坐飞机，到晚上12点到北京。请问大家，最早对犯罪嫌疑人什么时间进行拘捕？晚上8点被逮捕了的，9点上的飞机，12点

被押解到北京。多长时间被逮捕？24 小时。应该是第二天的 12 点。那路途上的时间算不算？不算。邮寄的，交邮的。什么意思呢？例如：24 小时应该是截止到 10 月 20 号，10 月 20 号那一天，他在邮局寄了一个挂号信，把信放在信封里面，这个挂号信是 20 号的邮戳，结果到 6 月 3 号才达到他所在的邮寄的法院，请问有没有过时效的期间？没有。邮寄标准是什么？邮戳。

下面开始进入特殊的期间的计算。如果在羁押期间发现他另有重要罪行，这个羁押期间怎么样？重新计算。大家还要注意一点，如果这个人已经被羁押，被逮捕，在逮捕期间发现他另有重要罪行，要不要报检察机关？不用再报。但是要报检察机关备案。我就告诉你一个原则，只要是重新侦查的，侦查羁押期限都要重新计算。发回重审的是重新计算。程序转换的重新计算。什么叫程序转换？简易程序转换为普通程序。那么哪些重新计算？身份不明的，从什么时候开始计算？查明其身份，但是能不能停止侦查？不能，经常考试的。精神病鉴定的期间不计算在内。其他的鉴定计算不计算？计算。这个要强化，其他的鉴定要计算，精神病不计算。请问大家，精神病鉴定在哪个医院进行的？省级人民政府指定的医院，除了精神病鉴定以外还有两个：一个是人身伤害鉴定有争议的，还有哪一个？保外就医的医疗证明。中止审理是暂停计算，我们后面要讲。

第三节　期间的恢复

《刑事诉讼法》

第八十条　当事人由于不能抗拒的原因或者其他正当理由而耽误期限的，在障碍消除后五日以内，可以申请继续进行应当在期满以前完成的诉讼活动。

前款申请是否准许，由人民法院裁定。

什么叫期限的恢复？就是由于法律的原因，还有其他各方面的原因，当事人不能在法律的期限内行使其相关的诉讼行为。在这种情况下，当事人可以申请，经过法院批准之后，期间可以恢复。在这个地方要注意几个问题：第一个，必须是由客观的原因引起的。第二个必须经过当事人申请。第三个时间，必须在障碍消除后的几天？5 天。在障碍消除后的 5 天内提出申请。这个要记，而且还要经过法院什么？批准。法院以什么形式确定它？裁定。

第四节　送　　达

《刑事诉讼法》

第八十一条　送达传票、通知书和其他诉讼文件应当交给收件人本人；如果本人不在，可以交给他的成年家属或者所在单位的负责人员代收。



收件人本人或者代收人拒绝接收或者拒绝签名、盖章的时候，送达人可以邀请他的邻居或者其他见证人到场，说明情况，把文件留在他的住处，在送达证上记明拒绝的事由、送达的日期，由送达人签名，即认为已经送达。

《刑诉法解释》

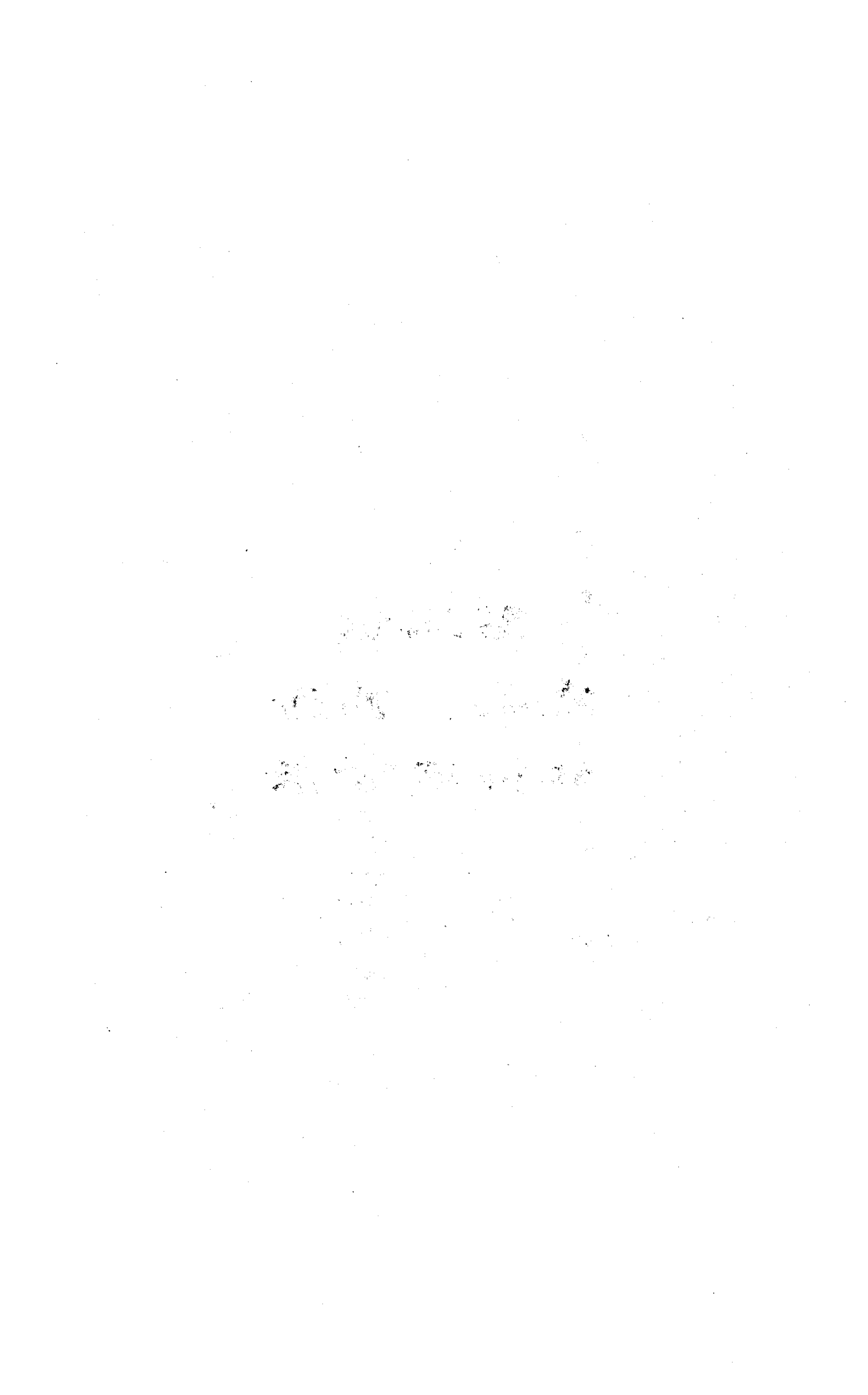
第一百零七条 邮寄送达的，应当将诉讼文书、送达回证挂号邮寄给收件人。挂号回执上注明的日期为送达的日期。

送达在刑事诉讼中不太重要，大家稍微注意一下。留置送达注意一下。什么叫留置送达？也就是说收件人本人或者代收人拒绝接收，在这个时候可以邀请什么人？见证人。留置送达要注意对象，见证人。转交送达需要注意一个，这个考的可能性不是很大。转交送达的对象是什么？一个是军人，还有可能是被劳改或者被劳教的人。如果是对军人，必须要经过什么级别以上的？团级以上的。这个大家知道就行了。如果他本人不在，可以交给他同住的家属。

到目前为止，我们把总则部分已经全部讲完了，大家可以感受一下有没有一些收获，另外总则部分比较重要。因为有分则好多的内容，而总则的一些原则问题指导这些分则，另外分则具体的规定跟前面紧密相关，有一些是相符合的。所以把总则学好了，后面的分则学起来就相对简单了。

第二编

立案、侦查和提起公诉



第十一章 立 案

第一节 立案的材料来源

《刑事诉讼法》

第八十四条 任何单位和个人发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权利也有义务向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者举报。

被害人对侵犯其人身、财产权利的犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者控告。

公安机关、人民检察院或者人民法院对于报案、控告、举报，都应当接受。对于不属于自己管辖的，应当移送主管机关处理，并且通知报案人、控告人、举报人；对于不属于自己管辖而又必须采取紧急措施的，应当先采取紧急措施，然后移送主管机关。

犯罪人向公安机关、人民检察院或者人民法院自首的，适用第三款规定。

在我们国家立案在不同的阶段不仅仅是一个单独的行为，所以看看立案的材料来源。立案材料的来源很多，被害人、控告、举报、揭发之类的，公安机关、检察机关，这个大家没必要太在意，需要掌握一点，就是什么行为可以成为立案的材料来源？唯一有一个问题，法院能不能主动地去获取材料？不行。被告人可以，犯罪嫌疑人自首当然可以，公安、检察机关本身是控告方，他们是可以的。为什么法院不能去获取材料呢？法院是实行什么职能的？审判职能。审判职能应当保持什么？中立。与中立紧密相连的是什么？消息。如果法院主动获取它的材料，法院这个时候不是行使审判职能，而是行使什么职能？控诉职能。

第二节 立案的条件

《刑事诉讼法》

第八十六条 人民法院、人民检察院或者公安机关对于报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案，并且将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服，可以申请复议。

第一百七十条 自诉案件包括下列案件：

（一）告诉才处理的案件；

（二）被害人有证据证明的轻微刑事案件；

（三）被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。

《六机关规定》

4. 刑事诉讼法第一百七十条第二项规定由人民法院直接受理的“被害人有证据证明的轻微刑事案件”是指下列被害人有证据证明的刑事案件：

（一）故意伤害案（轻伤）；

（二）重婚案；

（三）遗弃案；

（四）妨害通信自由案；

（五）非法侵入他人住宅案；

（六）生产、销售伪劣商品案件（严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

（七）侵犯知识产权案件（严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

（八）属于刑法分则第四章、第五章规定的，对被告人可以判处三年有期徒刑以下刑罚的其他轻微刑事案件。

上述所列八项案件中，被害人直接向人民法院起诉的，人民法院应当依法受理，对于其中证据不足、可由公安机关受理的，应当移送公安机关立案侦查。被害人向公安机关控告的，公安机关应当受理。

伪证罪、拒不执行判决裁定罪由公安机关立案侦查。

一、公诉案件（有犯罪事实；需要追究刑事责任；符合管辖的规定）

立案的标准是低还是高？立案是最早的阶段，从认识的角度出发，这时它的要求非常低。有犯罪事实发生，还必须具备一个什么法律要件？就是必须要依照法律，需要追究刑事责任的。请问大家，在哪些情况下有犯罪事实发生，但是不承担法律责任？第15条。第15条都需要符合吗？不是的。第一项，情节显著轻微，危害不大不构成犯罪？不构成犯罪，没有犯罪事实发生。而“情节轻微”是什么行为？违法行为。第二项到第六项，不需要追究法律责任。这个是法律要件，当然，如果立案还必须要符合一个程序要件。就是相应的机关有管辖权。这个是公诉的环节。

二、自诉案件（自诉范围；受诉法院管辖；被害人告诉；有明确的被告人、具体诉讼请求和证据）

对于自诉环节需要符合以下几个条件。第一个必须是属于自诉案件的范围。自诉案件的范围一共有三类。第一类是告诉才处理。又分四类：侮辱、诽谤、虐待和侵占。第二类是被害人有证据证明的轻微刑事案件。第三类是公诉转自诉。公诉转自诉的前提条件是被害人有证据证明，被告侵犯了他的人身权利和财产权利，而公安机关、检察机关

不予追究其刑事责任的，在这个时候如果自诉人向法院起诉的话，他必须要向法院出示一个什么东西？不予追究被告人的刑事责任的书面决定。涉及港澳台的自诉案件由哪个法院管辖？基层法院。外国人犯罪？中级法院。有明确的被告人，还必须有具体的诉讼请求，还有相应的证据。前面我讲了，如果被害人，也就是自诉人起诉的时候，没有证据法院应该怎么处理？说服自诉人撤回起诉或者裁定驳回起诉。对于第二个，证据不足，可以由公安机关代为受理，或者是被告人被判处3年以上有期徒刑，在这个时候，法院将他交给哪个机关处理？公安机关。公安机关是应当还是可以受理？应当受理。这个是自诉案件，每个级别应当弄清楚。

第三节　立案的程序

一、接受材料（都应当接受；诬告与错告；保障报案人等及其近亲属的安全、保密）

先说材料，这个材料与立案有没有必然的关系？没有。也就是说他不懂法律，认为有犯罪事实发生，向法院或者是向检察院都可以提出诉讼。其实受理案件分工有严格的规定，在这种情况下，如果发生了几起凶杀案，公民把犯罪嫌疑人扭送到法院，法院说这个案件没有管辖权，只管自诉案件，行不行？不行。如果需要裁定的，这个时候就应该先采取什么？紧急措施，然后再移交给什么？相应的有管辖权的机关。现在这个材料无论自己有没有管辖权都应该接收，接收之后如果发现自己没有管辖权，再移交给相应的有管辖权的机关。在接收材料的时候要注意，要排除相应的诬告和错告，诬告是要追究责任的，但是错告追究不追究责任？不追究。保障报案人、控告人、检举人等及其近亲属的安全。前面也讲到保障证人本人安全。证人，在这个地方大家记住，多了一个保密。在诉讼中对证人应当保密是对还是错？错。顶多在哪个阶段？侦查阶段。如果涉及什么问题要保密？隐私问题。

二、对立案材料的审查

对于材料的审查，这个不需要讲。

三、对立案材料的处理——立案；不立案

关于立案材料的处理，无非是两个。一个是立案，另一个是不立案。

第四节　立案监督

《刑事诉讼法》

第八十七条　人民检察院认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的，或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查，向人民检察院提出的，人

民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。

《六机关规定》

7. 刑事诉讼法第八十七条规定："人民检察院认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的，或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查，向人民检察院提出的，人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。"根据上述规定，公安机关在收到人民检察院《要求说明不立案理由通知书》后七日内应当将说明情况书面答复人民检察院。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立，发出《通知立案书》时，应当将有关证明应该立案的材料同时移送公安机关。公安机关在收到《通知立案书》后，应当在十五日内决定立案，并将立案决定书送达人民检察院。

一、控告人的复议（原决定机关）（没有复核）

如果这个案件有控告人的，相关机关作出了立案或不立案的决定，有必要将结果通知控告人，如果控告人不服，他还可以申请复议。向哪个国家机关申请复议？原国家机关。请问大家，前面我讲到了，回避的时候，如果有法律回避被驳回了，他也可以申请复议。实际上是哪个机关？这个地方也是原决定机关。我们后面要讲一个"上"，这个大家要注意。

二、检察机关的监督

检察机关的监督结果我们讲了两次。因为在我们国家检察机关是法律监督机关，对刑事诉讼进行法律监督，刑事诉讼法律监督其中就包括什么监督？立案监督。检察机关认为公安机关不立案的决定有错误，要求公安机关说明理由。几天？7 天。如果他有异议怎么办？通知公安机关立案。多少天？15 天。公安机关应当还是可以？应当立案。

三、被害人的制约

被害人，第一个，向检察机关提出申请。如果这个案件不立案，被害人不服不立案的决定，一种方式，他向检察机关申请，第二个，检察机关如果驳回了他的申请，他可以向法院什么？起诉。这个叫什么？公诉转自诉。第三个大家需要注意的，就是被害人能不能不向检察机关提出意见，直接向法院提起诉讼？不要求检察机关立案监督，拿这个不立案决定直接到法院要求立案？也可以。所以被害人途径比较多，但是实际执行起来比较困难，这个我就不多讲了，跟后面不起诉的时候道理也是一样的。

第十二章　侦　查（重点）

侦查的概念不需要背了，公安机关采取调查的，或者是强制性措施。但是大家注意了，在整个刑事诉讼法当中，只有一个地方使用了强制性措施，以前叫做什么？强制措施。那么什么叫强制性措施呢？它包括两个方面。一个是对人的强制。对人的强制指的是强制措施。还有一个是对物的强制。对物的强制叫搜查、扣押、冻结。这个了解一下就行。

下面我们重点来看侦查行为。

第一节　侦查行为

一、讯问犯罪嫌疑人

《刑事诉讼法》

第九十一条　讯问犯罪嫌疑人必须由人民检察院或者公安机关的侦查人员负责进行。讯问的时候，侦查人员不得少于二人。

第九十二条　对于不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人，可以传唤到犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者到他的住处进行讯问，但是应当出示人民检察院或者公安机关的证明文件。

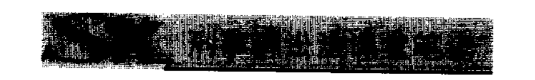
传唤、拘传持续的时间最长不得超过十二小时。不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。

第九十三条　侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，应当首先讯问犯罪嫌疑人是否有犯罪行为，让他陈述有罪的情节或者无罪的辩解，然后向他提出问题。犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。但是对与本案无关的问题，有拒绝回答的权利。

第九十四条　讯问聋、哑的犯罪嫌疑人，应当有通晓聋、哑手势的人参加，并且将这种情况记明笔录。

第九十六条　犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告。犯罪嫌疑人被逮捕的，聘请的律师可以为其申请取保候审。涉及国家秘密的案件，犯罪嫌疑人聘请律师，应当经侦查机关批准。

受委托的律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名，可以会见在押的犯罪嫌疑人，向犯罪嫌疑人了解有关案件情况。律师会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当



经侦查机关批准。

《六机关规定》

9. 刑事诉讼法第九十六条规定的“涉及国家秘密的案件”，是指案情或者案件性质涉及国家秘密的案件，不能因刑事案件侦查过程中的有关材料和处理意见需保守秘密而作为涉及国家秘密的案件。

11. 刑事诉讼法第九十六条规定，涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准。对于不涉及国家秘密的案件，律师会见犯罪嫌疑人不需要经过批准。不能以侦查过程需要保密作为涉及国家秘密的案件不予批准。律师提出会见犯罪嫌疑人的，应当在四十八小时内安排会见，对于组织、领导、参加黑社会性质组织罪、组织、领导、参加恐怖活动组织罪或者走私犯罪、毒品犯罪、贪污贿赂犯罪等重大复杂的两人以上的共同犯罪案件，律师提出会见犯罪嫌疑人的，应当在五日内安排会见。

12. 刑事诉讼法第九十六条规定，在侦查阶段，律师会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。审查起诉阶段和审判阶段，案件已经侦查终结，辩护律师和其他辩护人会见在押的犯罪嫌疑人、被告人时，人民检察院、人民法院不派员在场。

《律师法》

第三十三条 犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，有权会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况。律师会见犯罪嫌疑人、被告人，不被监听。

（一）讯问的人员和人数

人员必须具有相应的资格，人数是两人以上。

（二）讯问的时间、地点

讯问的时间、地点，大家注意了，如果犯罪嫌疑人没有被羁押，我们讲拘传的时候，如果甲县公安机关到乙县拘传犯罪嫌疑人，应该哪个县的公安机关执行？乙县。应该在犯罪嫌疑人所在的市县内进行。当然如果在押的情况下，应该押到哪一机关？看守机关。讯问应该在哪进行？看守机关。除了非常特殊的情况，不需要记，可以送到检察院或者是公安机关。拘传的时间不得超过多少个小时？12 个小时。拘留和逮捕以后多长时间内进行讯问？24 个小时。这个要记，要强化。第二个，讯问的步骤与方法。第一个问题，讯问的步骤。能不能直接说你的情况我们已经掌握了，你老实交代吧！坦白从宽，抗拒从严，争取减刑。这种问法显然不符合刑事诉讼法的规定，应该首先要问有无罪行。如果说有，就要问有的程序。如果说无，让他做无罪的辩解。一句话，让犯罪嫌疑人自己先讲，然后再提出问题。那么对于犯罪嫌疑人，前面讲了，我们国家犯罪嫌疑人没有像西方那样享有沉默权。我们国家刑诉法第 93 条规定了如实陈述的义务。但是，这个如实陈述仅限什么？与本案有关的问题。与本案无关的问题可以拒绝回答。那

么，如果这个案件要是共同发生的案件，三个犯罪嫌疑人或者是两个犯罪嫌疑人，讯问应该是怎么样？个别讯问。一会儿讲证人的时候，也是同样的。为什么犯罪嫌疑人要个别讯问？防止他们相互影响或者串供，这是第二个问题。

（三）特殊的主体

讯问未成年犯罪嫌疑人可以通知他的法定代理人。讯问未成年证人是怎么样的？可以通知。讯问聋哑人应当为他请什么？通晓手势的人。讯问聋哑人应当有通晓手势的人参加，这个可以理解，因为不这样没办法交流。

（四）讯问规定

讯问的时候禁止做哪些事？不得以刑讯、威胁、引诱、欺骗等非法手段讯问。刑讯大家都知道。引诱，你讲不讲，你讲了我让你和家人见一面。欺骗，你讲了以后我放了你，其实你讲了以后马上送到派出所。这个不需要掌握，但是要知道有哪些方式。请问大家，如果以这些非法的手段取得的哪些证据排除？哪两大类？被害人陈述，犯罪嫌疑人、被告人的供述。辩解排除不排除？不排除。

下面我们重点掌握侦查阶段律师的问题。

首先要明确一点，侦查阶段聘请律师，是否需要经过批准？我们前面讲了，侦查阶段律师可不可以介入？可以。什么时候可以介入？犯罪嫌疑人第一次被讯问或者采取强制措施之日起。他的身份是什么？提供法律帮助的人。请问大家，一般的案件侦查阶段律师介入要不要经过批准？一般的案件不需要。哪一类需要？涉及国家秘密的案件。

第二个侦查阶段律师的权利。刑诉法第 96 条，非常重要。侦查阶段律师享有哪些权利？提供法律咨询、代理申诉控告，如果被逮捕的，申请取保候审。还有什么？了解涉及的罪名、会见在押的犯罪嫌疑人。

第三个会见时侦查人员在场的问题，请问大家，律师会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关是可以还是应当派人在场，还是不能派人在现场？律师会见在押的犯罪嫌疑人侦查机关是可以在场。侦查机关在场，对于律师和当事人是有利还是不利？不利。注意，依据新出台的《律师法》第 33 条，犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，有权会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况。律师会见犯罪嫌疑人、被告人，不被监听。因此在侦查阶段律师会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关根据情况和需要可以派员在场，但是，所派的人员只允许看到律师和犯罪嫌疑人，而不能听到律师和犯罪嫌疑人的谈话内容。那么，在审查起诉和审判阶段，律师能不能会见？当然可以会见了。审查起诉阶段，律师会见犯罪嫌疑人，检察机关能不能派人在场？法院审查阶段，律师会见被告人，法院能不能派人在场？已经到了审查阶段，和公安机关没关系了。在审查起诉和审判阶段，辩护人会见在押的犯罪嫌疑人、被告人，检察机关、法院不能派人在场。

第四个会见时的具体时间。虽然我们知道，一般的情况下请律师不需要批准，律师在侦查阶段会见要不要经过批准？一般的情况下，也不需要。但是会见不需要经过批准，需不需要安排？当然需要。不是说想见就见，在哪个时间段会见，哪个时间段不会见，哪个时间方便会见，是安排。但是有一类会见要经过批准。哪一类？涉及国家秘密

的。现在要总结了，涉及国家秘密有两个地方需要经过批准，一个是请律师，还有一个是律师会见。一般的案件，无论是请律师，还是律师会见都不需要批准。所以这一点也非常的重要。安排会见的时间，一般的情况下，如果律师提出会见的要求，多长时间内安排？48小时。这个48小时能不能把它看做是两天？举个例子，如果今天9点律师要求会见，那么侦查机关应当什么时间之前安排他会见？后天9点之前。如果我不按照48小时而是按照两天，那个时候截止到什么时候？应该是后天的凌晨12点，所以，这个48小时不能随意看做两天。这个是48小时会见安排。特殊的五类案件，是多少天安排？5天。总共是5类。这5类我们把它总结为黑五类。第一个黑是什么？黑社会。黑社会搞什么活动的？恐怖。恐怖主要做什么？走私。走私主要来自于什么？贩毒。黑社会有保证，这个保证怎么样？贪污、贿赂。但是这五类有一个共同特征：两人以上。

还有一个小问题，刚才讲的涉及国家秘密，包括危害国家安全的这些案件，它的一个特点是要经过批准。那么请问大家，这些案件如果批准了，多长时间安排会见？仍然是48小时。但是当律师提出申请之后，侦查机关在几天内决定？5天内决定。所以又提出来一个5天，也是48小时。5天内决定是否安排会见，如果决定让他会见，48小时内安排。这个侦查涉及律师的问题比较复杂，自己再琢磨琢磨，要强化，这个没有什么好的记忆方式，非常重要。

二、询问证人和被害人

《刑事诉讼法》

第九十七条 侦查人员询问证人，可以到证人的所在单位或者住处进行，但是必须出示人民检察院或者公安机关的证明文件。在必要的时候，也可以通知证人到人民检察院或者公安机关提供证言。

询问证人应当个别进行。

《六机关规定》

17. 刑事诉讼法第九十七条规定："侦查人员询问证人，可以到证人的所在单位或者住处进行"，"在必要的时候，也可以通知证人到人民检察院或者公安机关提供证言"。侦查人员询问证人，应当依照刑事诉讼法第九十七条的规定进行，不得另行指定其他地点。

《刑事诉讼法》

第九十八条 询问证人，应当告知他应当如实地提供证据、证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任。

询问不满十八岁的证人，可以通知其法定代理人到场。

（一）询问证人应该保护证人的利益

询问证人应当到当事人的单位或者是住处进行，必要的时候可以到公安机关或者是检察院。所以询问的地方，只有证人的单位、证人的住所或者是公安机关、检察院。能不能把他拉到一个宾馆？不行的。但是讯问犯罪嫌疑人可以不可以？可以。这个要学会比较。

（二）询问证人应当个别进行

这个道理是一样的，防止受其他人的影响。

（三）证人应当如实作证

在刑事诉讼当中，如果证人作伪证的话，有可能构成伪证罪。请问一下，伪证罪是在什么案件中构成的？刑事诉讼当中。伪证罪由哪个机关侦查？公安机关。那么请问大家，在我们国家证人不说构不构成犯罪？我就一句话不说，构不构成犯罪？不构成。所以这种规定合理不合理？不合理。因为我们国家法律其实对证人的制裁基本上是没有的。这个刑法得改，证人作证也是一个重点，了解一下。

（四）保证安全

保证安全是保证哪个人安全？保证证人本人的安全。要不要保证证人近亲属的安全？要。

（五）询问未成年人，可以通知他的法定代理人到场

（六）什么证言不属于证据

这个地方与讯问犯罪嫌疑人基本上是相同的。首先让证人作连续的陈述。禁止性规定，如果对证人威胁比较激烈——暴力指证，那么证人作证能不能采纳？不能。要排除。

三、勘验检查

《刑事诉讼法》

第一百零五条 为了确定被害人、犯罪嫌疑人的某些特征、伤害情况或者生理状态，可以对人身进行检查。

犯罪嫌疑人如果拒绝检查，侦查人员认为必要的时候，可以强制检查。

检查妇女的身体，应当由女工作人员或者医师进行。

第一百零八条 为了查明案情，在必要的时候，经公安局长批准，可以进行侦查实验。

侦查实验，禁止一切足以造成危险、侮辱人格或者有伤风化的行为。

前面我们讲勘验是对案发现场所做的侦查活动，检查针对的是人身。如果案件发生了，勘验人员拿来摄像机把现场都照了一遍，这个物品摆到什么位置，在旁边有什么车库，那旁边有一个旗杆。把案发现场照了一遍，这个录像带在法律上是什么证据？是实物资料还是勘验笔录？仍然是勘验笔录。勘验笔录是实物证据，还是言词证据？实物



证据。

检查，它检查的是人。第一个，检查妇女的身体，主体是哪一个？女工作人员，或者是医师，男医师或女医师都可以。搜查妇女的身体，只能由女工作人员进行。这个要理解，搜查妇女的身体为什么不要医生，有没有必要让医生查？没有必要。检查是专业性的叫医生来。大家注意了，检查两类。搜查一类。第二个，尸体解剖，如果被害人家属不同意尸体解剖，能不能强制解剖？可以。也就是说，解剖尸体要不要被害人家属同意？不需要，可以强制解剖。第三个，对犯罪嫌疑人能不能强制检查？可不可以？可以。第四个，对被害人能不能强制检查？不能。不能受第二次伤害。因为他已经受过一次伤害了。对被害人不能，这个道理非常简单，对犯罪嫌疑人可以强制检查，这个道理不用讲。第五个，侦查实验。所谓侦查实验就是说在一定条件下，某些行为能否发生。首先我们看看侦查实验的主体，我上面所说的批准，由哪些机关作出来？公安机关可不可以批准？可以。检察院可不可以批准？可以。法院可不可以批准？不可以。侦查实验的主体是公安机关或者是检察院，必须记住公安机关负责人的批准或者是检察长的批准。这是第一个，批准。第二个，侦查实验期间，要防止哪些行为发生？人身危险、侮辱人格、有伤风化。投放毒药令人致死，再找一个人来试试行不行？不行。大家了解一下就可以了。

四、搜查

《刑事诉讼法》

第一百一十一条 进行搜查，必须向被搜查人出示搜查证。

在执行逮捕、拘留的时候，遇有紧急情况，不另用搜查证也可以进行搜查。

第一百一十二条 在搜查的时候，应当有被搜查人或者他的家属，邻居或者其他见证人在场。

搜查妇女的身体，应当由女工作人员进行。

第一个，搜查，公安机关肯定可以，检察院也可以进行搜查。法院能不能进行搜查？法院不能进行搜查。道理非常简单，因为一般搜查的强制性非常强，法院不能进行搜查。第二个，搜查的时候要出示什么？搜查证。第三个，情况紧急时，大家注意了，一般的情况下，应当出示搜查证，但是拘留、逮捕时情况紧急的，可以不出具搜查证，但是事后要补办。注意了，这个是小的点。情况紧急执行必须前面加一个拘留，或者是逮捕。拘留、逮捕时情况紧急的，可以不出示搜查证，事后再补办。搜查之后要找见证人，见证人可以是当事人本人，也可以是其家属，也可以是邻居。见证人应该是两个人。

五、扣押物证、书证

《刑事诉讼法》

第一百一十七条 人民检察院、公安机关根据侦查犯罪的需要，可以依照规定查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款。

犯罪嫌疑人的存款、汇款已被冻结的，不得重复冻结。

《六机关规定》

19. 刑事诉讼法第一百一十七条规定："人民检察院、公安机关根据侦查犯罪的需要，可以依照规定查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款。"根据这一规定，人民检察院、公安机关不能扣划存款、汇款，对于在侦查、审查起诉中犯罪嫌疑人死亡，对犯罪嫌疑人的存款、汇款应当依法予以没收或者返还被害人的，可以申请人民法院裁定通知冻结犯罪嫌疑人存款、汇款的金融机构上缴国库或者返还被害人。

《刑事诉讼法》

第一百一十八条 对于扣押的物品、文件、邮件、电报或者冻结的存款、汇款，经查明确实与案件无关的，应当在三日以内解除扣押、冻结，退还原主或者原邮电机关。

扣押物证和书证就比较简单了。扣押的书证和物证必须与案件有关。如果发现与本案无关的，应该几天之内解除？3 天。这个 3 天要记。那么在扣押物证、书证的时候，可以冻结，但是公安机关、检察院能不能划拨？不能。侦查阶段，公安机关和检察机关能不能处置这个财物？划拨往哪个地方划？往自己的账户上划是不行的。所以大家记住，可以冻结，但是不能划拨。另外一个，不能重复冻结。什么叫重复冻结呢？这个人有 100 万元，公安机关给他冻了一次，冻结了 100 万元。检察院能不能再冻一次？不能。但是这个地方，我举同样的例子，这个人有 100 万元，公安机关冻了 80 万元，检察院冻结了 20 万元，可以不可以？可以。大家注意了，这个不叫重复冻结。

六、鉴定

《刑事诉讼法》

第一百二十条 鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并且签名。

对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定或者对精神病的医学鉴定，由省级人民政府指定的医院进行。鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并且由鉴定人签名，医院加盖公章。

鉴定人故意作虚假鉴定的，应当承担法律责任。

《六机关规定》

18. 刑事诉讼法第一百二十条第二款规定："对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定或者对精神病的医学鉴定，由省级人民政府指定的医院进行。"人民法院在开庭审理时，对省级人民政府指定的医院作出的鉴定结论，经质证后，认为有疑问，不能作为定案根据的，可以另行聘请省级人民政府指定的其他医院进行补充鉴定或者重新鉴定。不能另行聘请其他鉴定机构进行补充鉴定或者重新鉴定。

《刑事诉讼法》

第一百二十一条 侦查机关应当将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请，可以补充鉴定或者重新鉴定。

第一百二十二条 对犯罪嫌疑人作精神病鉴定的期间不计入办案期限。

《六机关规定》

33. 刑事诉讼法第一百二十二条规定："对犯罪嫌疑人作精神病鉴定的期间不计入办案期限。"根据上述规定，犯罪嫌疑人、被告人在押的案件，除对犯罪嫌疑人、被告人的精神病鉴定时间不计入办案期限外，其他鉴定时间都应当计入办案期限。对于因鉴定时间较长，办案期限届满仍不能终结的案件，自期限届满之日起，应当对被羁押的犯罪嫌疑人、被告人变更强制措施，改为取保候审或者监视居住。

鉴定的主体，我们前面讲鉴定的主体是哪一个？鉴定人。鉴定人是怎么产生的？公检法机关指派或者是聘请。鉴定事项，鉴定是什么事项？鉴定明确的事项。请问大家，鉴定结果是言词证据还是实物证据？言词证据。鉴定人的回避，法院请的鉴定人，他的回避要经过谁的批准？法院院长。民事诉讼中是哪一个？审判长。

七、辨认

辨认主体有两个，没什么好讲的。如果有两个犯罪嫌疑人，这两个犯罪嫌疑人能不能同时进行辨认？不行。不能两个不相关的人同时进行辨认，辨认要个别进行。如果是公安机关指定的辨认，这个辨认的对象是人的话，至少要几人？7个人。如果是照片的话，至少要几张照片？10张照片。如果是检察机关指定的辨认，一律不能少于多少？5个。对象应当具有相似性，不能给人暗示。辨认犯罪嫌疑人5个，找4个女的1个男的，让人辨认，这就明显带有一种暗示。它没有相似性。

八、通缉

《刑事诉讼法》

第一百二十三条 应当逮捕的犯罪嫌疑人如果在逃，公安机关可以发布通缉令，采

取有效措施，追捕归案。

各级公安机关在自己管辖的地区以内，可以直接发布通缉令；超出自己管辖的地区，应当报请有权决定的上级机关发布。

通缉的对象是应该逮捕而且在逃的。通缉令只能由哪一个发布？公安机关。但是检察院能不能决定通缉？可以。检察院决定通缉，仍然是由哪个发布通缉令？公安机关。公安机关发布通缉令，只能在自己的辖区范围以内。如果超出辖区的，例如我是河北公安局，到北京市发布通缉令，这个时候就上报到哪一个公安机关决定？河北省公安机关不行，要报到公安部决定。大家注意了，有权决定的上级进行发布。

第二节　侦查终结

《刑事诉讼法》

第一百二十四条　对犯罪嫌疑人逮捕后的侦查羁押期限不得超过二个月。案情复杂、期限届满不能终结的案件，可以经上一级人民检察院批准延长一个月。

《六机关规定》

30. 公安机关对案件提请延长羁押期限时，应当在羁押期限届满七日前提出，并书面呈报延长羁押期限案件的主要案情和延长羁押期限的具体理由，人民检察院应当在羁押期限届满前作出决定。

31. 最高人民检察院直接立案侦查的案件，符合刑事诉讼法第一百二十四条、第一百二十六条和第一百二十七条规定的条件，需要延长犯罪嫌疑人侦查羁押期限的，由最高人民检察院依法决定。

《刑事诉讼法》

第一百二十六条　下列案件在本法第一百二十四条规定的期限届满不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定，可以延长二个月：

（一）交通十分不便的边远地区的重大复杂案件；

（二）重大的犯罪集团案件；

（三）流窜作案的重大复杂案件；

（四）犯罪涉及面广，取证困难的重大复杂案件。

第一百二十七条　对犯罪嫌疑人可能判处十年有期徒刑以上刑罚，依照本法第一百二十六条规定延长期限届满，仍不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定，可以再延长二个月。

第一百二十八条　在侦查期间，发现犯罪嫌疑人另有重要罪行的，自发现之日起依照本法第一百二十四条的规定重新计算侦查羁押期限。

犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址，身份不明的，侦查羁押期限自查清其身份之日起计算，但是不得停止对其犯罪行为的侦查取证。对于犯罪事实清楚，证据确实、充分的，也可以按其自报的姓名移送人民检察院审查起诉。

《六机关规定》

32. 根据刑事诉讼法第一百二十八条的规定，公安机关在侦查期间，发现犯罪嫌疑人另有重要罪行，重新计算侦查羁押期限的，由公安机关决定，不再经人民检察院批准。但须报人民检察院备案，人民检察院可以进行监督。

《刑事诉讼法》

第一百二十五条 因为特殊原因，在较长时间内不宜交付审判的特别重大复杂的案件，由最高人民检察院报请全国人民代表大会常务委员会批准延期审理。

第一百二十九条 公安机关侦查终结的案件，应当做到犯罪事实清楚，证据确实、充分，并且写出起诉意见书，连同案卷材料、证据一并移送同级人民检察院审查决定。

第一百三十四条 人民检察院对直接受理的案件中被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在十日以内作出决定。在特殊情况下，决定逮捕的时间可以延长一日至四日。对不需要逮捕的，应当立即释放；对于需要继续侦查，并且符合取保候审、监视居住条件的，依法取保候审或者监视居住。

第一百三十五条 人民检察院侦查终结的案件，应当作出提起公诉、不起诉或者撤销案件的决定。

一、侦查终结的条件

在整个刑事诉讼法中有三个地方使用标准是：犯罪事实清楚、证据确凿。第一个是侦查终结，第二个是审查起诉，还有一个是有罪。侦查终结的条件，大家注意了，是事实清楚、证据充分。

二、侦查终结案件的处理结果

侦查终结，案件有几种处理结果？第一个是移交到检察机关审查起诉。还有一个是撤销案件。

三、侦查羁押期限

侦查羁押期限，首先要搞清楚，什么叫侦查羁押期限。拘留羁押期限包括不包括在侦查羁押期限以内？不包括在内。侦查羁押期限是从什么时候开始的？是从逮捕算起的。那么侦查羁押期限一般不超过几个月？2 个月。如果案件重大复杂的，还可以延长几个月？1 个月。这个月由哪一级批准？上级检察机关。那么如果是刑事诉讼法第 126 条规定的四种情况，侦查羁押期限还可以延长 2 个月。必须经过批准。这四种情况，第一个是偏远地区交通十分不便、案件重大复杂的。第二个是重大的犯罪集团案件。第三

个是流窜作案的重大复杂案件。第四个是犯罪涉及面广，取证十分困难、重大复杂的。这四种情况，侦查期限已经到了几个月了？5 个月。如果这四种情况被告有可能被判处多少年有期徒刑呢？10 年以上。侦查羁押期限还可以多几个月？2 个月。最多几个月？7 个月。要经过哪一级？省一级检察机关。我们要强化。自己想一下，一般是 2 个月。重大复杂的经过上级一批，1 个月。刑诉法第 126 条规定再经过省级检察机关批准延长 2 个月，这四种情况有可能判 10 年以上有期徒刑的，还应当经过省级检察机关批准，再延长 2 个月。

那么现实生活中还有一些非常的，就是我们所说的特别重大复杂的。像这样的 7 个月还是不够，在这样的情况下，法律规定了一个弹性的期限。但是为了防止司法实践中滥用期限的权利，对程序做了严格的限定。必须由哪一个报哪一个批准？由最高检察院报全国人大常委会批准。下面我们看，侦查羁押期限我们要掌握的，如果侦查羁押期限发现他另有重大罪行的，期间重新计算。请问大家，这个时候要不要重新报批？不需要了。但是需要报检察机关备案。身份不明的，这个期限怎么计算？查明其身份之日起计算。但是能不能停止侦查？不能。计算不计算在期限内？不计算。精神病鉴定，鉴定的期间不计算在内，其他的需要计算在内。

本部分内容比较复杂，为了方便考生记忆，总结如下：

侦查羁押的期限（2；1；2；2；无期限——特别重大的，程序）

（1）拘留侦查期限不包括在侦查羁押期限以内。

（2）侦查羁押期限是从逮捕开始的，一般是 2 个月；案件复杂的，还可以增加 1 个月（由上级检察机关批准）。

（3）若依据刑诉法第 126 条所规定的 4 种情况，侦查期限，经过省级机关批准，还可以延长 2 个月。

a. 交通十分不便的边远地区的重大复杂案件；

b. 重大的犯罪集团案件；

c. 流窜作案的重大复杂案件；

d. 犯罪涉及面广，取证困难的重大复杂案件。

（4）有第 126 条规定的 4 种情况的犯罪嫌疑人，可能被判处 10 年以上的有期徒刑，经过省级机关批准，还可以延长 2 个月。

【总结】

从（1）~（4）：犯罪嫌疑人总共可能被羁押：7 个月。

（5）无期限的，特别重大的：由最高检察院上报全国人大常委会批准。

（6）另有重要罪行的：重新计算羁押期限，不需要重新报批审查，但是需要报检察机关备案。

（7）身份不明的：从查明身份时间起计算，但是不能停止侦查。

（8）精神病鉴定：鉴定的期间不计算在内，其他的需要计算在内。

第三节　检察机关的自侦案件

检察机关自侦的案件大家要记一下，一个是检察机关自侦案件的范围，另外注意一下，检察院侦查案件拘留决定权具有几种情况？两种。一个是犯罪嫌疑人自杀、逃跑的，还有一个是毁灭、伪造证据。检察机关拘留羁押期限一个是10天，一个是14天。

检察机关侦查环节，第一个他的部门要指明侦查行动人。还有一个是撤销案件。大家注意了，刑诉法第15条有撤销案件，没有犯罪，或者犯罪案件并非当事人所为，在侦查阶段是撤销案件，在审查起诉阶段这两种情况检察机关怎么处理？都是退回自侦部门，建议撤销案件。如果是公安机关侦查呢？移送到审查起诉机构的时候，发现犯罪嫌疑人根本没有犯罪嫌疑的情况下怎么办？书面说明理由，将材料退回公安机关。检察院审查完之后，有犯罪事实，但是犯罪事实并非嫌疑人所为，这个时候怎么处理？书面写明理由，退回公安机关，建议公安机关重新侦查。

对违法所得，如果开始就冻结的，是怎么处理，大家要注意一下。犯罪人死亡的，是经法院裁定返还或者是上缴国库，检察院能不能直接作裁定？不行。是由法院作出裁定，直接通知其家人，冻结机关上缴国库，或者是法院返还。

第四节　补充侦查

《刑事诉讼法》

第一百四十条　人民检察院审查案件，可以要求公安机关提供法庭审判所必需的证据材料。

人民检察院审查案件，对于需要补充侦查的，可以退回公安机关补充侦查，也可以自行侦查。

对于补充侦查的案件，应当在一个月以内补充侦查完毕。补充侦查以二次为限。补充侦查完毕移送人民检察院后，人民检察院重新计算审查起诉期限。

对于补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，可以作出不起诉的决定。

《刑诉法解释》

第一百五十九条　合议庭在案件审理过程中，发现被告人可能有自首、立功等法定量刑情节，而起诉和移送的证据材料中没有这方面的证据材料的，应当建议人民检察院补充侦查。

在整个刑事诉讼过程中，补充侦查现在就两个地方有，一个是审查起诉，一个是审判。在审查起诉阶段，补充侦查的主体有几个？两个。一个是退回公安机关重查，一个

是检察院自行侦查。如果补充侦查内容多的话，检察机关是退回还是自行侦查？退回。如果是个别的资料没有搜集，在这个时候检察院自己侦查即可。第二个期限。先讲次数。有几次补充侦查？两次。即使是改变了管辖，也以几次为限？两次。一次几个月？1个月。第三个继续补充侦查。补充侦查后，证据充分了，然后就起诉。那么可不可以不起诉呢？可以不起诉，也可以怎么样？继续补充侦查。大家注意，经过第一次补充侦查，证据不足的，可以不起诉，也可以继续补充侦查。经过第二次补充侦查，证据仍然不足的，应当不起诉。因为补充侦查有几次期限？两次，只有两次。最后一个，补充一点。如果有补充侦查的，审查起诉的期限是多少？审查起诉的期限要重新计算。什么意思？在审查阶段，然后又对这个案件进行补充侦查，那么到后来最后一个补充侦查完毕，又把这个案件移送到检察机关部门，那么那个时间算不算在审查期限以内？不算。因为审查期限要重新计算。

再讲一遍，因为非常重要，也喜欢考。审查起诉阶段补充侦查的主体两个，公安机关或者是检察院。公安机关叫补充侦查，检察院叫自行侦查。本质上是补充侦查。补充侦查以两次为限。一次不超过1个月，经过第一次补充侦查证据不足的可以不起诉，也可以继续补充侦查。经过第二次补充侦查证据不足的，应当不起诉。那么如果在审查阶段进行补充侦查，这个审查期限要重新计算。这个是审查阶段。

法庭审理当中的补充侦查，补充侦查只能由几个机关进行？一个。只能由哪个机关侦查？检察院。因为已经到了哪个阶段？审判阶段。必要的时候可以让哪个机关协助？公安机关协助。审判阶段的补充侦查，检察院的补充侦查几次期限？仍然是两次。一次几个月？1个月。那么问题出现了，检察院要求补充侦查，补充侦查之后，检察院不移交给法院，一直拖着。在1个月之内检察院不申请审理，法院决定按撤诉处理。这个是后果。最后一个，审判期限的计算。如果在审判阶段出现补充侦查，审理期限怎么计算？重新计算。只要出现了补充侦查，期限都要重新计算。要总结出规律。

第十三章　起　　诉

第一节　审查起诉的内容

《刑事诉讼法》

第一百三十七条　人民检察院审查案件的时候，必须查明：

（一）犯罪事实、情节是否清楚，证据是否确实、充分，犯罪性质和罪名的认定是否正确；

（二）有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人；

（三）是否属于不应追究刑事责任的；

（四）有无附带民事诉讼；

（五）侦查活动是否合法。

第一百三十八条　人民检察院对于公安机关移送起诉的案件，应当在一个月以内作出决定，重大、复杂的案件，可以延长半个月。

人民检察院审查起诉的案件，改变管辖的，从改变后的人民检察院收到案件之日起计算审查起诉期限。

第一百三十九条　人民检察院审查案件，应当讯问犯罪嫌疑人，听取被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见。

一、内容

这个起诉主要是公诉。我们看审查起诉的内容，这个内容不要背，只要记得凡是与侦查活动相关的，都是审查的内容。大家要注意一下，看相关的当事人有没有提起附带民事诉讼。请问大家，在审查起诉阶段能不能提起附带民事诉讼？可以不可以？可以。提起附带民事诉讼的期限是立案到一审宣判之前。侦查活动是否合法，与犯罪有关的财务是否随案移送，这都是审查的内容。

二、审查起诉的步骤与方法

（一）级别相同

若被告人、犯罪嫌疑人有可能被判处死刑、无期徒刑的，由市检察院移送，中级法院审判。

（二）审阅案件材料

讯问犯罪嫌疑人，听取被害人和犯罪嫌疑人委托人的意见。讯问犯罪嫌疑人，听取

被害人的意见，是一个必须经过的阶段。

（三）审查起诉的期限

审查起诉的期限一般几个月？1个月。案件重大、复杂的，延长多久？半个月。这个都要记。补充侦查，如果出现补充侦查，审查期限怎么计算？重新计算。在审查期限哪些是需要中止的？一个是犯罪嫌疑人逃跑的。还有是犯罪嫌疑人患长期精神病或者是其他严重疾病。请问大家，如果这个案件有两个犯罪嫌疑人，有一个犯罪嫌疑人在，另一个犯罪嫌疑人逃跑了，中止不中止？对于在案的犯罪嫌疑人审查不审查？审查。如果达到起诉的标准，起诉不起诉？起诉。如果一个在案一个不在案，对在案的审查继续进行，对不在案的中止审查。这个是审查起诉的期限。包括中止审查。

（四）决定

在审查起诉阶段，有可能出现哪些决定？一个是起诉，一个是不起诉，还有一个是程序倒流。那请问大家，审查起诉阶段，有没有可能撤销案件？没有。撤销案件只能在哪个阶段？侦查阶段。有没有可能宣判无罪？没有。因为那个是什么阶段？审判阶段。

第二节　提起公诉

《最高检规则》

第二百八十三条　人民检察院针对具体案件移送起诉时，“主要证据”的范围由办案人员根据本条规定的范围和各个证据在具体案件中的实际证明作用加以确定。

主要证据是对认定犯罪构成要件的事实起主要作用，对案件定罪量刑有重要影响的证据。

主要证据包括：

（一）起诉书中涉及的各种证据种类中的主要证据；

（二）多个同种类证据中被确定为“主要证据”的；

（三）作为法定量刑情节的自首、立功、累犯、中止、未遂、正当防卫的证据。

对于主要证据为书证、证人证言笔录、被害人陈述笔录、被告人供述与辩解笔录或者勘验、检查笔录的，可以只复印其中与证明被告人构成犯罪有关的部分，鉴定书可以只复印鉴定结论部分。

提起公诉，这个作为重点，后面还会牵扯到几个案例。

一、提起公诉的条件（犯罪事实清楚，证据确实、充分；依照法律追究刑事责任）

提起公诉的事实标准是什么？犯罪事实清楚、证据确实充分。是不是犯罪事实清楚都要提起公诉？不是，还必须要符合一个法律条件。什么法律条件？依照法律需要追究刑事责任。

二、起诉材料的移送

1996 年刑诉法修改之前，要求检察机关移送的是全部的证据。检察机关移送全部的证据，有一个弊端。有什么弊端？把所有的材料都移送到法院，对被告人是有利的还是不利的？不利的。这些材料都是控方提供的，往往是证明有罪的材料。那么法院在开庭前，接触到这些对被告人不利的材料，他们有可能怎么样？先入为主，使庭审流于形式。就是在这样一个背景下，1996 年刑诉法修改的时候，改变了材料移送的方式。由全部移送改为什么？部分移送。检察院移送哪部分的材料？要记住，第一个是起诉书，第二个是证据目录，第三个是证人名单，第四个是主要证据的复印件或者是照片。证据目录大家都知道，证据复印件和照片都好理解。关键什么是主要证据？这个要遵守最高检规则第 283 条的规定。第一个，起诉书当中涉及的各种证据当中的主要证据。第二个，同种类当中主要的。这句话什么意思呢？有三份证言，只要其中的一份或者两份即可。同种类当中，被确定为重要的。第三个，量刑方面主要的材料。那么是不是所有的量刑材料都要拿出来？不是的。总共是几种？6 种。中止、未遂、正当防卫、自首、立功和累犯。我给大家总结了一个口诀，叫中尉（未遂）正自立，感觉到很累。中止、未遂、正当防卫、自首、立功、累犯。紧急避险移送不移送？不移送。不是这 6 种范围内的。犯罪预备材料移送不移送？不移送。只有什么？中未正自立累，移送。

如果检察机关建议或者是同意改变程序的，那么怎么样？全部地移送材料。如果是简易程序，检察机关移送全部的案件材料。如果本来适用简易程序，到后来发现这个案件不适宜用简易程序，把简易程序改成普通程序。这个时候怎么处理？退回检察院。检察院再按照什么程序重新起诉？普通程序。简易程序是全部的案件材料。简易程序强调的是效率。

第三节　不起诉（重点）

《刑事诉讼法》

第一百四十二条　犯罪嫌疑人有本法第十五条规定的情形之一的，人民检察院应当作出不起诉决定。

对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不起诉决定。

人民检察院决定不起诉的案件，应当同时对侦查中扣押、冻结的财物解除扣押、冻结。对被不起诉人需要给予行政处罚、行政处分或者需要没收其违法所得的，人民检察院应当提出检察意见，移送有关主管机关处理。有关主管机关应当将处理结果及时通知人民检察院。

第一百四十三条　不起诉的决定，应当公开宣布，并且将不起诉决定书送达被不起诉人和他的所在单位。如果被不起诉人在押，应当立即释放。

第一百四十四条 对于公安机关移送起诉的案件，人民检察院决定不起诉的，应当将不起诉决定书送达公安机关。公安机关认为不起诉的决定有错误的时候，可以要求复议，如果意见不被接受，可以向上一级人民检察院提请复核。

第一百四十五条 对于有被害人的案件，决定不起诉的，人民检察院应当将不起诉决定书送达被害人。被害人如果不服，可以自收到决定书后七日以内向上一级人民检察院申诉，请求提起公诉。人民检察院应当将复查决定告知被害人。对人民检察院维持不起诉决定的，被害人可以向人民法院起诉。被害人也可以不经申诉，直接向人民法院起诉。人民法院受理案件后，人民检察院应当将有关案件材料移送人民法院。

第一百四十六条 对于人民检察院依照本法第一百四十二条第二款规定作出的不起诉决定，被不起诉人如果不服，可以自收到决定书后七日以内向人民检察院申诉。人民检察院应当作出复查决定，通知被不起诉的人，同时抄送公安机关。

不起诉作为重中之重。

一、不起诉的种类

有绝对不起诉、相对不起诉、存疑不起诉三种。

绝对不起诉又称为法定不起诉，相对不起诉又称为酌定不起诉，存疑不起诉又称为证据不足不起诉。

（一）绝对不起诉

首先我们看绝对不起诉或者法定不起诉。它的主体是哪一个？是检察长还是检察委员会？检察长。注意了，刑诉法第15条，这个不起诉是由检察长作出来的。那我们看看，相对不起诉和存疑不起诉，这两个是由谁决定的？检察委员会。再看看法定不起诉适用的情形。在哪些情况下适用法定不起诉？刑诉法第15条、第16条，它的不起诉叫法定不起诉。

（二）相对不起诉

相对不起诉作出主体是检察委员会，它适用的情形是犯罪情节轻微。有没有“刑罚”两个字？没有。犯罪情节轻微，依照刑罚的规定不需要刑罚，或者是免除刑罚。这个大家注意了，有犯罪，犯罪情节轻微，依照刑罚的规定不需要判处刑罚或者是免除刑罚。应该是哪种情况？举个例子：犯罪中止、预备，未成年罪比较轻的；外国犯罪，已经受过刑事处罚的；自首加重大立功的。这些都是。理解一下。是可以不起诉还是应当不起诉？可以。它体现了检察机关的自由裁定。检察机关为了提高诉讼效率，根据犯罪人员的悔过情况，不起诉比起诉更合适，所以就作出了不起诉。当然在这种情况下，作了起诉有没有违法？不违法。

（三）存疑不起诉

存疑不起诉又称为证据不足不起诉。它是由检察委员会作出的。适用情况不用再讲了。程序不讲了，经过第一次程序不足，进行第二次补充侦查。这个是不起诉的种类。



二、不起诉的程序

(一) 不起诉要公开宣布

不起诉要用决定，不起诉决定是作出之日起生效还是宣布之日起生效，还是送达之日起生效？大家注意了，公开宣布之日起生效。

(二) 送达

1. 被不起诉人和其单位

只要与案件有利害关系的人都要送达。这个案件肯定有什么？被不起诉人，就是犯罪嫌疑人。另外还要通知被不起诉人的单位。为什么要通知？有可能单位还要参与行政处罚、处分，有的时候需要单位对他进行处罚、处分，这个时候要撤销对他的处分。

2. 告知被不起诉人（仅限于第二类：相对不起诉人）有申诉权

在送达不起诉决定书的时候，同时要告诉这个被不起诉人享有申诉的权利。有人讲了，不起诉都已经终结案件了，怎么还上诉？举一个不起诉的例子。这个人本身就没有犯罪，甚至连违法行为都没有。但是相对不起诉是什么前提？认为他有罪，只不过罪行比较轻。同时还涉及什么问题呢？如果犯罪嫌疑人被羁押了，作出了相对不起诉，他能不能起诉？不能。为什么？是因为他自己违法犯罪导致的。所以大家注意了，要告诉他有申诉的权利。但是，是不是被不起诉的人都享有申诉的权利？不是的。仅仅就第二类相对不起诉人享有这样的权利。

3. 若被不起诉人在押的，立即释放，并发放释放证明

如果犯罪嫌疑人在押的，也就是被不起诉人在押的，应当立即释放。而且释放的时候还要发放释放证明。为什么？能不能把他变成取保候审？不能。不起诉决定生效了，程序已经终结了。再问一个相关的问题，如果不向犯罪嫌疑人说明释放原因，他在法律上是有罪人还是无罪人？法律上他是一个无罪人。因为我们讲了，法律上有罪只有哪个作决定？法院。这个时候，检察机关认为他是一个有罪人，有没有用？没有用。法律上必须是由法院作出来的。再问一个相关的问题，把以前学过的回顾一下。公安机关申请逮捕，这个犯罪嫌疑人已经被拘留，但是检察机关作了不批准逮捕的决定，请问对这个在押的犯罪嫌疑人怎么处理？释放可不可以？可以。释放之外可不可以变更为其他的强制措施？可以。因为那个时候他仍然是犯罪嫌疑人。

4. 送达公安机关

送达是送达到犯罪嫌疑人所在的单位。如果这个案件是公安机关侦查的，那要不要告诉公安机关？当然要告诉公安机关，应告知其决定内容。

5. 送达被害人、近亲属、诉讼代理人并告知申诉的权利（包括三类不起诉人）

要把这个不起诉决定书送达到被害人的近亲属及其诉讼代理人。这个是法条的原话，同时要告之被害人享有的权利。他享有的权利也是申诉。请问大家，这个申诉是几类？三类。起诉人的权益比被不起诉人要广。这个是送达不起诉决定书，大家要注意了，同时要告诉他有申诉的权利。被不起诉人一类，被害人三类。

(三) 被不起诉人和涉案财务的处理

被不起诉人要立即释放，那涉案财务怎么处理？既然不追究被不起诉人的刑事责

任，但被不起诉人有可能违法了，这个时候检察机关怎么处理呢？举个例子，检察机关作出了对李某不起诉的决定，同时还可以对李某，A. 要求李某对被害人张某赔礼道歉。可以不可以？可以。B. 对李某罚款3000元。C. 对李某作出开除公职的处分。D. 没收李某非法所得4000元。对李某罚款3000元可不可以？罚款因为是行政处罚，检察院有没有权力？没有。他具有什么权力？监督权力。对李某警告或者是开除，行不行？不行。这些处分只能由哪个部门来？主管单位，他所在的单位。没收李某非法所得4000元。检察院有没有权力没收？没有。一般由哪个机关来没收？由中立的机关——法院——以裁定的形式作出。所以大家注意了，撤销起诉，赔礼道歉，赔偿损失，建议主管机关行政处罚、行政处分，或者是没收其违法所得。如果有扣押问题的，要解除扣押、冻结。被羁押的，不起诉的就地释放。

三、不起诉的救济程序

相对不起诉的被不起诉人的救济方式是申诉。第一个问题，第几类人享有申诉权利？第二类。只有第二类被不起诉人才会有申诉的权利。第二个问题，向哪一个部门申诉？是原机关还是上级机关？原机关。我们知道，第二类不起诉是哪个级别作出来的？原来的检察机关的检察委员会作出来的。申诉最终还是由哪一个机关决定出来？检察委员会。所以申诉没有多大的意义。第三个，申诉的时间。在接到不起诉决定的几天内申诉？7天。7天以内，检察官应当受理。7天以外要经过审查。这是第一个，被不起诉人的救济。第二个被害人的救济。几类被害人可以行使这项权利？三类都可以。所以就此而言被害人涉及的范围更广一点，这也体现了我们立法强调的是防止检察机关不起诉放纵了罪犯。被害人对不起诉决定都享有申诉权利，大家注意了，被害人的申诉是向原决定机关还是上一级？是向上一级检察机关申诉。申诉的期限，7天。7天以外要经过审查。第三个，公安机关的不起诉决定。当然有一个前提，这个案件是由公安机关侦查的，公安机关对三类不起诉决定，都可以要求复议、复核。复议是向哪一个？原决定机关。复核是向哪一个？上一级。

第四节 提起自诉的程序

一、自诉案件的范围

前面讲过，在这里不再重复了。

二、自诉案件的提起条件

自诉案件的提起条件：有适格的自诉人；有明确的被告人和具体的诉讼请求；属于自诉范围；有证据证明；属于受诉法院管辖。

第三编
审　判

第十四章　审判概述

第一节　刑事审判的模式

刑事审判的模式，大家了解一下就行了。当事人提起诉讼模式，是以哪个法系为代表？英美法系。注意英美法系，是强调在诉讼当中由当事人推动诉讼的进程。检察官也是被视为当事人。法官是消极的，他属于主持者，所有信息都诉讼双方当事人提供给他。职权式以哪个法系为代表？大陆法系。在诉讼过程当中，由哪一个提起诉讼？法官利用职权提起。我们国家偏重于哪一个模式？职权式。大家还要注意一下，是当事人强调人权保障，还是职权式强调人权保障？当事人。注意当事人强调的是程序正当性，而职权式强调的是什么？发现案件事实。强调在发现案件事实的基础上，惩罚犯罪嫌疑人。那么什么叫混合式？就是它结合了当事人和职权式的特点，混合诉讼模式以日本、意大利为代表。日本的诉讼模式，双方当事人是进行对抗的，但是法官他也利用职权来查明事实真相。所以既结合了当事人的一些特点，又融合了职权式的一些特征。这种模式我不多讲了。

第二节　刑事审判的原则

《刑事诉讼法》

第一百五十二条　人民法院审判第一审案件应当公开进行。但是有关国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理。

十四岁以上不满十六岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理。十六岁以上不满十八岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。

对于不公开审理的案件，应当当庭宣布不公开审理的理由。

审判的原则，大家掌握公开审判即可。一般的情况下，审判公开既向当事人公开，又要向社会大众公开。大家注意了，审判公开的范围，既要向当事人公开，又要向社会大众公开，包括向大众媒体公开。当然为了保护当事人的利益，有一些案件是不公开的。几类案件不公开审判？第一个是涉及国家秘密的，第二个是涉及个人隐私，第三个是未成年人犯罪的案件。有两种情况，14 到 16 周岁是什么？一律不公开。16 到 18 周岁是什么？一般不公开。如果要公开，就要经过哪一个批准？院长批准。这是三种，还有一种涉及商业秘密的，是不是涉及商业秘密的都不公开？大家注意了，听原话。经当事人申请的，确实属于商业秘密的，应当公开还是不公开？应当不公开。不要和民事诉

讼混淆。民事诉讼有两个可以不公开，一个是什么？离婚。一个是什么？商业秘密。这四类案件一定要记牢。这个未成年一再强调它是审判还是犯罪时的年龄？审判时。那么请问大家，哪一个诉讼阶段，无论是公开还是不公开审判案件，一律要公开？宣判。即使是不公开审判案件，宣判的时候还要公开。如果宣判都不公开，那么它全部是秘密的。哪一个阶段，无论是公开审判的案件，还是不公开审判的案件，一律不公开？合议庭评议。这是大家要注意的，总结的时候一定要全面一点。

直接言词就是说法院在审理案件的时候，必须要直接地接触当事人，接触证人、证据材料。言词审判，还有言词方面的事情。辩论这个很好理解，就是说控辩双方相互辩驳。集中审理，什么意思？这个案件今天开了一次庭，2008 年 8 月 8 日开了一次庭，一年之后再开一次庭，显然是与集中审理是相违背的，为什么要强调集中审理？如果不集中审理，法官能不能形成一个全面印象？不能，这个大家了解一下。

第三节　两审终审制

什么叫两审终审呢？就是说一个案件，一般经过两级人民法院的审理，并告终审，发生法律效力。是不是指两次？不是。两审终审要与两次审理区分开来。举个例子，某一个基层人民法院，作了判决，被告人不服，上诉了，中级人民法院可以发回重审。发回重审是按照几审重审？一审。基层人民法院对这个案件审了几次？两次。中院审了几次？一次。发回重审之后，既然是按照一审程序，被告人可不可以再上诉，检察机关可不可以再抗诉？可以。又上诉到中级人民法院，中级人民法院又审了一次。所以大家注意了，两审终审与两次审理是两个概念。那么一般的情况下是两审终审，要注意一下，有例外，哪一个法院审理的案件是一审终审？最高人民法院。最高人民法院所作的裁判，立即发生法律效力。哪一类案件即使经过两级人民法院审理，也不会立即发生法律效力？死刑的案件。大家要注意了，两个例外。一个是最高人民法院是一审终审，一个是死刑案件必须要经过死刑复核程序。

第四节　审判组织

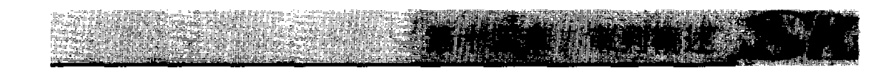
《刑事诉讼法》

第一百四十七条　基层人民法院、中级人民法院审判第一审案件，应当由审判员三人或者由审判员和人民陪审员共三人组成合议庭进行，但是基层人民法院适用简易程序的案件可以由审判员一人独任审判。

高级人民法院、最高人民法院审判第一审案件，应当由审判员三人至七人或者由审判员和人民陪审员共三人至七人组成合议庭进行。

人民陪审员在人民法院执行职务，同审判员有同等的权利。

人民法院审判上诉和抗诉案件，由审判员三人至五人组成合议庭进行。



合议庭的成员人数应当是单数。

合议庭由院长或者庭长指定审判员一人担任审判长。院长或者庭长参加审判案件的时候，自己担任审判长。

第一百四十九条 合议庭开庭审理并且评议后，应当作出判决。对于疑难、复杂、重大的案件，合议庭认为难以作出决定的，由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定。审判委员会的决定，合议庭应当执行。

《刑诉法解释》

第一百一十四条 合议庭开庭审理并且评议后，应当作出判决或者裁定。

对下列疑难、复杂、重大的案件，合议庭认为难以作出决定的，可以提请院长决定提交审判委员会讨论决定：

（一）拟判处死刑的；

（二）合议庭成员意见有重大分歧的；

（三）人民检察院抗诉的；

（四）在社会上有重大影响的；

（五）其他需要由审判委员会讨论决定的。

对于合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定的案件，院长认为不必要的，可以建议合议庭复议一次。

独任审判的案件，开庭审理后，独任审判员认为有必要的，也可以提请院长决定提交审判委员会讨论决定。

一、独任制

审判组织按照法条上是两种：独任制和合议庭，实际上还有一个审判委员会。首先看独任制，独任制，顾名思义，它是由几人审判？一人。这一个人必须是什么？法官。那么中级人民法院审的时候能不能采取独任制？不行。指的是哪一级？基层人民法院。它审的简单的案件还是复杂的案件？肯定是简单的案件。等讲到简易程序的时候还要讲独任制。独任制审判的时候要不要书记员？当然要书记员。

二、合议庭（人数、组成）

合议庭，这个比较复杂了，而且非常的重要。首先看合议庭的组成人数。合议庭的组成分为这样的层次：一审、二审和死刑复核。一审又分为两个层次，基层、中级，都是几个人？3 人。高级、最高人民法院如果是一审几人？3 ~7 人。二审几人？3 ~5 人。死刑复核几人？3 人。这个要记。这是第一个合议庭的人数。

第二个，看陪审员，哪些人可以做陪审员？要记一下他的年龄，多少岁？法官的年龄线是多少？检察官的年龄线是多少？检察官 23 岁，法官是 23 岁，陪审员也是 23 岁。都是 23 岁。但是这个学历要求不一样，陪审员的学历一般是大专以上，而大家知道，法官、检察官是本科，这个就不讲了。这是陪审员的年龄和学历要求。那我们再来看

看，哪些案件应当适用陪审？第一有较大社会影响的。第二被告人要求适用陪审员。只有这两类是应当适用陪审。

第三个，陪审员的权利和义务。陪审员不能担任什么？审判长。这是第一。第二，在二审和死刑复核的阶段，能不能让陪审员参加？不能。陪审员只能参加几审？一审。为什么二审、死刑复核不让陪审员参加？因为它往往涉及法律的程序问题，陪审员一般是懂法律还是不懂法律？不懂法律。第三，陪审员的权利义务与哪个一样？与法官一样。最后，还要记一下，陪审员的人数。如果适用陪审员的话，陪审员的人数不得少于多少？不得少于合议庭总人数的1/3。至于陪审员的任命、解聘，这个我就不多讲了。陪审员是由哪些人任命的？人大常委会，而且是哪一级的？县级的人大常委会。产生方式有两种：一个是单位推荐的，还有一个是自荐的方式，但是要经过哪个来审查？由县级法院来审查。

三、审判委员会（范围和程序）（注意：独任制审判的案件也可以提交讨论）

审判委员会大家注意了，它是一个审判组织。审判委员会讨论哪些案件？重大、疑难、复杂的问题，是不是重大、疑难、复杂的问题都由讨论来决定？不是，还有合议庭难以作出决定的，要提请哪一个？提请院长提交审判委员会讨论决定。审判委员会的决定合议庭是应当执行还是可以执行？应当执行。这是第一点。第二点，独任制审判的案件，可不可以提交审判委员会？也可以。当然，这个时候，提交的目的是什么呢？是信任这个独任制法官还是不信任？肯定是不信任。因为这个案子只是一个人审的。

第十五章　第一审程序

大家一看到一审程序很苦恼，因为太多、太杂。在这个阶段，我建议大家先不要急着背，要知道这个体系，知道一个大致的框架，然后在每一个框架里面加入具体的知识点，最后再去强化它。

第一节　对公诉案件的庭前审查

《刑事诉讼法》

第一百五十条　人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中有明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，应当决定开庭审判。

《刑诉法解释》

第一百一十七条　案件经审查后，应当根据不同情况分别处理：

（一）对于不属于本院管辖或者被告人不在案的，应当决定退回人民检察院；

（二）对于不符合本解释第一百一十六条第（二）至（九）项规定之一，需要补送材料的，应当通知人民检察院在三日内补送；

（三）对于根据刑事诉讼法第一百六十二条第（三）项规定宣告被告人无罪，人民检察院依据新的事实、证据材料重新起诉的，人民法院应当依法受理；

（四）依照本解释第一百七十七条规定，人民法院裁定准许人民检察院撤诉的案件，没有新的事实、证据，人民检察院重新起诉的，人民法院不予受理；

（五）对于符合刑事诉讼法第十五条第（二）至（六）项规定的情形的，应当裁定终止审理或者决定不予受理；

（六）对于被告人真实身份不明，但符合刑事诉讼法第一百二十八条第二款规定的，人民法院应当依法受理。

第一百一十八条　人民法院对于按照普通程序审理的公诉案件，决定是否受理，应当在七日内审查完毕。对于人民检察院建议按简易程序审理的公诉案件，决定是否受理，应当在三日内审查完毕。

人民法院对提起公诉的案件进行审查的期限，计入人民法院的审理期限。

《六机关规定》

38. 对于适用简易程序审理的公诉案件，无论人民检察院是否派员出庭，都应当向

人民法院移送全部案卷和证据材料。

庭前审查和审查起诉不是一个概念，审查起诉是审查哪个？检察院审查公安机关移送来的案件，而庭前审查是什么？法院审查，检察院移送来的案件。我们前面讲了，在我们国家1996年刑诉法修改以后，庭前审查由实体性审查改为主要是程序性审查，也就是说被告人有罪、无罪在庭前审查时能不能决定？不能。有罪、无罪必须要经过庭审以后，经过法庭调查、法庭辩论以及相关程序的结束以后，才能形成。

一、公诉案件庭前审查的内容

公诉案件庭前审查的内容我不主张大家背，只要记住，凡是与审查起诉相关的内容都是庭前审查的内容。要把握一点，在这个阶段不进行实质性审查，因为被告人有罪、无罪这个时候是不知道的。还有一个注意方面，检察机关决定提起公诉的案件，如果是普通程序审理的，要把哪些材料移交给法院呢？第一个，起诉书；第二个，证据目录；第三个，证人名单；第四个，主要的证据的复印件和照片。

二、对公诉案件庭前审查后的处理

对公诉案件庭前审查后，一般是开庭审理，在这里，关键要大家掌握的是，对于案件庭前审查后的特殊情形的处理。

（一）无管辖权的法院：退回检察机关（法院在审理时，发现自己无管辖权时，需要把案件移送到有管辖权的法院，或者移送上级人民法院管辖）

法院在庭前审查的时候，发现自己没有管辖权，这个时候是移送到有管辖权的法院，还是退回检察机关？是退回检察机关。大家注意了，这一点与审判过程中，法院在审理的时候发现自己没有管辖权的做法一样不一样？不一样。这个是庭前审查阶段，而审判过程中，是指法院受理以后，已经对这个案件开始审理了，如果在审理过程中，法院发现自己没有管辖权，怎么处理？这个时候移送有管辖权的人民法院。如果是上级人民法院管辖的，就请求上级人民法院管辖。

（二）被告人不在案的：法院将案件退回检察院；法院在审判阶段，犯罪嫌疑人逃跑的，法院中止审理

庭前审查的时候，如果发现被告人不在案，我以前讲过，在我们国家刑事诉讼当中有没有缺席审判？没有缺席审判。被告人必须是在到案的情况下诉讼才能进行。那么在庭前审查的时候，被告人不在案，他其实在哪个阶段已经不在案了？检察院审查起诉阶段。所以这个责任应该由哪个来承担？由检察院来承担。那么承担的方式是什么？是由法院把案件退回给检察院。那么与此相对应的，大家要注意一下，审判过程中，被告人逃跑是在哪个时候跑的？在法院的时候跑的。如果在审判的过程中被告人逃跑，还把这个案件交给检察院是不可以的，这个责任由谁来承担？法院。所以它的做法是什么样的呢？中止审理。审判的过程中，被告人逃跑的中止审理。

（三）法院在庭前审查时发现检察院移送的案件不齐：通知检察院补送材料；即法院不能以检察院移送的材料不足拒绝受理

法院在庭前审查的时候，发现检察机关移送的材料不全，证据不足，什么意思呢？刚才讲了，依照法律的规定，检察机关提起公诉的案件，应当将证据目录、证人名单和主要证据复印件移交给法院，法院一看材料不全，那么在这个时候法院怎么办？法院不受理行不行？不行。如果法院在庭前审查的时候，发现检察机关移交的证据不足或者材料不齐，只能通知检察机关补充一下相关材料，但是这个材料足不足，最终还是由哪个决定？检察院。换句话说，法院不能以检察院移交的资料不齐为由拒绝受理。如果需要补充材料，可以通知检察机关补充材料，但是应当受理，因为起诉权掌握在检察机关手里。

（四）法院已经将案件审判之后：宣告无罪的；事后检察院无新的证据又以同一事实又起诉的，法院不受理

如果同一个事实，法院已经审判了，而且作了无罪判决，如果检察机关没有新的事实，没有新的根据，就同一个事实又起诉了，这个法院会不会受理？不受理。为什么？因为我们知道有一个"一事不再理"。但是我们国家的"一事不再理"是不是像西方国家绝对的一事不再理？不是的。换句话说，就同一个行为，法院即使作了无罪的判决，但是事后检察机关又发现了新的证据，可不可以起诉？可以起诉。法院受理不受理？受理。这个地方就明显地体现了我们国家强调惩罚犯罪。大家注意了，没有新的事实，没有新的证据不受理，如果有新的证据，法院应当受理。

（五）《刑事诉讼法》第十五条（2）～（6）项，应当裁定终止审理或决定不受理

《刑事诉讼法》

第十五条 有下列情形之一的，不追究刑事责任，已经追究的，应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪：

（一）情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；

（二）犯罪已过追诉时效期限的；

（三）经特赦令免除刑罚的；

（四）依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；

（五）犯罪嫌疑人、被告人死亡的；

（六）其他法律规定免予追究刑事责任的。

注：在审判的过程中发现第15条第（1）项的情形，属于有违法但不是犯罪，只能宣告无罪。

刑事诉讼法第15条的第（2）项到第（6）项，应当裁定终止审理或者决定不受理，其实在这个时候只能叫决定不受理，终止审理是什么情况？已经开始审理。那么请问大家，为什么不把刑诉法第15条的第（1）项写在这个地方？第（1）项是情节轻微，危害不大，不构成犯罪的，这个有违法，但是没有犯罪，而且我讲庭前审查是实体审查还是程序性审查？程序性审查。这个阶段，被告人有罪、无罪、罪轻、罪重法院知道不知道？不

知道。只有在哪个阶段才知道？经过审理才知道。刑诉法第 15 条，在庭前审查的时候应该发现不了的，在审判的过程中，如果发现刑诉法第 15 条第（1）项情况，只能宣告无罪，能不能终止审理？不能。为什么呢？因为他本身就是无罪，没有犯罪。

（六）虽然身份不明，但事实清楚、证据充分的，但是法院可以按照犯罪人自报姓名受理

身份不明但是其他的证据充分，那么法院受理不受理？受理。这个时候起诉怎么办？名字都不知道怎么办？按照编号。这是庭前审查的特殊情形，非常复杂，大家把这个道理想清楚就好办了。

第二节　开庭前的准备

大家要把这个日期搞清楚。起诉书副本开庭 10 天前送达当事人起诉书；通知被告人、辩护人在开庭 5 天前提供证据；开庭前 3 天先期公布案由。那么请问如果这个案件不公开审理，不公开审理的理由要不要再另行宣布？不要，应该当庭宣布。

第三节　法庭审理程序

《六机关规定》

39. 刑事诉讼法第一百五十四条规定，开庭的时候，审判长查明当事人是否到庭。根据上述规定，应当由审判长查明当事人是否到庭，不能规定由书记员查明。

《刑事诉讼法》

第一百五十五条　公诉人在法庭上宣读起诉书后，被告人、被害人可以就起诉书指控的犯罪进行陈述，公诉人可以讯问被告人。

被害人、附带民事诉讼的原告人和辩护人、诉讼代理人，经审判长许可，可以向被告人发问。

审判人员可以讯问被告人。

《刑诉法解释》

第一百三十三条　在审判长主持下，公诉人可以就起诉书中指控的犯罪事实讯问被告人；被害人及其诉讼代理人经审判长准许，可以就公诉人讯问的情况进行补充性发问；附带民事诉讼的原告人及其法定代理人或者诉讼代理人经审判长准许，可以就附带民事诉讼部分的事实向被告人发问；经审判长准许，被告人的辩护人及法定代理人或者诉讼代理人可以在控诉一方就某一具体问题讯问完毕后向被告人发问。

第一百三十四条　对于共同犯罪案件中的被告人，应当分别进行讯问。合议庭认为必要时，可以传唤共同被告人同时到庭对质。

《刑事诉讼法》

第一百五十六条 证人作证，审判人员应当告知他要如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任。公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可，可以对证人、鉴定人发问。审判长认为发问的内容与案件无关的时候，应当制止。

审判人员可以询问证人、鉴定人。

《刑诉法解释》

第一百四十六条 询问证人应当遵循以下规则：

（一）发问的内容应当与案件的事实相关；

（二）不得以诱导方式提问；

（三）不得威胁证人；

（四）不得损害证人的人格尊严。

前款规定也适用于对被告人、被害人、附带民事诉讼原告人和被告人、鉴定人的讯问、发问或者询问。

第一百四十九条 向证人和鉴定人发问应当分别进行。证人、鉴定人经控辩双方发问或者审判人员询问后，审判长应当告其退庭。

证人、鉴定人不得旁听对本案的审理。

第一百五十一条 当庭出示的证据、宣读的证人证言、鉴定结论和勘验、检查笔录等，在出示、宣读后，应即将原件移交法庭。对于确实无法当庭移交的，应当要求出示、宣读证据的一方在休庭后三日内移交。

《六机关规定》

40. 关于在法庭审判中询问证人的顺序，法庭审判在审判长的主持下进行，公诉人、辩护人向证人发问的顺序由审判长决定。

《刑诉法解释》

第一百四十五条 向鉴定人发问，应当先由要求传唤的一方进行；发问完毕后，对方经审判长准许，也可以发问。

第一百四十三条 向证人发问，应当先由提请传唤的一方进行；发问完毕后，对方经审判长准许，也可以发问。

《刑事诉讼法》

第一百六十条 经审判长许可，公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以对证据和案件情况发表意见并且可以互相辩论。审判长在宣布辩论终结后，被告人有最后陈述的权利。

法庭审理分为哪几个大的阶段？第一个宣布开庭，下面一个环节进行法庭调查，在

调查证据的基础上，第三个要法庭辩论，法庭辩论后还有被告人最后陈述，庭审环节结束之后，下面还要进行合议庭评议，评议之后还要宣判。

一、宣布开庭

宣布开庭，法条之间出现冲突了，这个要注意一下。宣布开庭，最先到法庭的是哪一个？书记员。他要宣读法庭规则，告知参加庭审的人员不要喧哗。他宣读完之后，要请审判长、审判员入席，就记住一点，书记员在整个庭审当中除了记录之外，还要宣读法庭规则，其他的程序的事都是哪一个主持？审判长。所以，最高法解释规定，由书记员查明当事人是否到庭这句话是对还是错？错。应该按照六机关规定，由哪个查明当事人是否到庭？审判长。所有的事都是审判长的事，除了刚才说的宣读法庭规则。刑事诉讼法当中规定了，死囚要求会见亲属或者是亲属要求会见死囚，按照法律规定是可以还是不可以不允许？可以允许。但是最高法规定的是什么？应当。这些都是法条之间冲突的地方。审判长查明公诉人、当事人和其他人员都到庭，包括告知相应的权利，这些权利包括回避的权利，在刑事诉讼当中，哪些人享有申请回避的权利？当事人及其法定代理人，有没有近亲属？没有，有提出新的证据的权利、有自行辩护的权利、有最后陈述的权利，这些主持者都是审判长。

二、法庭调查

（一）向被告人发问，除公诉机关外，其他当事人或委托人必须经过法院的许可

宣布开庭之后是法庭调查，法庭调查是先调查人还是先调查物？先调查人，先人证后物证，这是一个大的顺序。第一个调查的人是被告人。首先向被告人发问。在我们国家，被告人是一个重要的证据来源。坐在法庭上的除了哪个人不可以向被告人发问，其他的人都可以向被告人发问？书记员。可以发问的人包括审判员、公诉人、辩护人、被害人、法定代理人，只要是坐在法庭上的都可以向被告人发问，但是这些人向被告人发问，要不要经过审判长的批准？除公诉机关以外，其他的当事人向被告人发问都要经过审判长的批准，也就是说，公诉人向被告人发问需不需要经过审判长的批准？不需要。

（二）询问证人、鉴定人

第二个，询问证人、鉴定人。如果是控方证人出庭作证哪一方先问？肯定是控方。然后被告人再询问。同样道理，如果是被告人这一方或者是辩护人这一方的证人出庭作证，哪一方先进行询问？辩护方，所以这个叫主询问。按照我们国家刑事诉讼法的规定，证人都应该出庭作证，然而我们在现实生活中的情况是怎么样？证人的地位是低还是高？低，非常的低。正是由于证人不出庭作证，导致我们国家的庭审流于形式，现在往往都是书面的，读一下，这种方式尤其是剥夺了被告人的“知情权”，宣读了证人证言之后，被告人不可以发问，这种情况对被告人是不利的。为什么我们国家证人出庭率比较低，其中有一个非常重要的原因，就是与法条的规定有关系，它纵容了证人不出庭作证。看一看哪类人可以不出庭作证？未成年人可以不出庭作证，这个是可以理解的，要保护他们，因为到法庭上他们比较紧张；有严重疾病的，行动不便的人也可以不出庭

作证，这个也可以理解，不能拿个担架把这个人抬到法庭上来；第三个，不起直接决定作用的人，什么叫起直接决定作用的人？关键性的人，他目睹了案发现场，但是一个案件起直接作用的证人多还是少？少。所以可想而知，法律本身已经纵容了证人不出庭作证，在法院的都知道，他希不希望证人出庭作证？不希望。证人不出庭作证承担不承担后果？没有什么后果。包括证人保护，就是一句空话，公检法规定应当保护证人的安全，怎么样保护？没有规定。这些是要亟待解决的问题。

询问证人的规则。证人能不能旁听法院的审判？证人作证完了以后就要退庭的，不准旁听，证人应当单独作证。询问证人的时候要防止哪些情节发生？第一个，发问必须与本案有关；第二个，禁止诱导的方式发问。什么叫诱导的方式？提问的内容当中本身就包含了答案。什么意思呢？公诉人问证人："那天你有没有看到身高1.80米的人，拿两把大菜刀向被害人砍去？"证人有可能不知道他多高，或者没看清，但是经过检察官、公诉人这样一提示他会下意识的说，那天我看见的人好像1.79米左右，经过检察官这样一提示，证人就作了这样的定论，所以大家注意了，禁止以诱导的方式提问。禁止威胁证人，这个没有什么好讲的。

（三）出示物证、宣读鉴定结论和有关笔录

大家注意一点，凡是作为定案的证据，必须要在法庭上出示，反而言之，如果没有经过法庭质证的能不能作为定案的根据？不能。向检察机关出示证据目录以外的证据，这个时候对辩护方是有利还是不利的？不利的。因为这种做法在我们理论上叫做什么？证据突袭。但是按照我们国家的法律，仍然强调的是发现案件事实，所以即使是证据目录以外的证据，即使辩护方有异议，但是法院认为有必要出示的时候，是可以出示的。当事人及其委托人申请调取新的证据，审判人员认为这个证据可能影响案件事实认定的，同意。法院在调查过程中，法庭对证据有疑问的，可不可以利用职权对证据进行调查核实？可以。我们国家与西方国家，特别是与英美法系的法官不一样，英美法系的法官是完全消极中立的。但是我们国家，强调的是要发现案件真实，所以法院对证据有疑问可以调查证据，但是调查证据有一个手段不能用，其他的都可以，哪一个手段？搜查。可以宣布休庭，没有搜查。法院调查证据的时候，必要的时候可以通知控辩方到场，这是检察院、当事人、法院对于新证据或者调查证据的时候相关的规定。

【注意】

（1）检察机关出示证据目录以外的证据，辩护方有异议，认为有必要，可以出示（《刑诉法解释》第155条）。

《刑诉法解释》

第一百五十五条 公诉人要求出示开庭前送交人民法院的证据目录以外的证据，辩护方提出异议的，审判长如认为该证据确有出示的必要，可以准许出示。

如果辩护方提出对新的证据要做必要准备时，可以宣布休庭，并根据具体情况确定辩护方作必要准备的时间。确定的时间期满后，应当继续开庭审理。

（2）当事人及其委托人申请调取新的证据，审判人员认为可能影响案件事实认定的，应当延期审理（《刑诉法解释》第156条）。

《刑诉法解释》

第一百五十六条 当事人和辩护人申请通知新的证人到庭，调取新的证据，申请重新鉴定或者勘验的，应当提供证人的姓名、证据的存放地点，说明所要证明的案件事实，要求重新鉴定或者勘验的理由。审判人员根据具体情况，认为可能影响案件事实认定的，应当同意该申请，并宣布延期审理；不同意的，应当告知理由并继续审理。

（3）法院调查核实证据（可以宣布休庭；没有搜查手段；必要时，可以通知检、辩护人到场）（《刑诉法解释》第154条）。

《刑诉法解释》

第一百五十四条 人民法院调查核实证据时，可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结。必要时，可以通知检察人员、辩护人到场。

（4）依照第156条第1款规定延期审理的时间不得超过1个月，延期审理的时间不计入审限。

三、法庭辩论

法庭辩论，这个比较简单，是建立在法庭调查的基础上，辩论既包括事实辩论也包括法庭的心理辩论，辩论的原理仍然是先控后辩，要对应公诉词和辩护词，公诉词与起诉书不是一个概念。在法庭辩论当中要掌握一点，在法庭辩论阶段发现有新的事实，必要的时候可以恢复法庭调查，因为法庭调查是在哪个阶段？法庭调查阶段。所以在法庭辩论阶段有新的疑问，可以用法庭调查。

【注意】

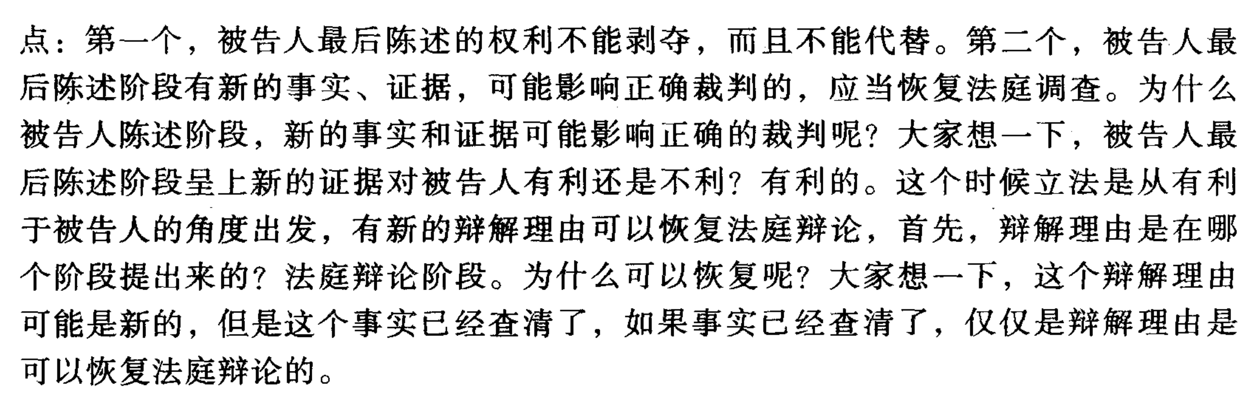
发现新事实的处理（有必要时，可以恢复法庭调查）（《刑诉法解释》第166条）。

《刑诉法解释》

第一百六十六条 在法庭辩论过程中，如果合议庭发现新的事实，认为有必要进行调查时，审判长可以宣布暂停辩论，恢复法庭调查，待该事实查清后继续法庭辩论。

四、被告人最后陈述

法庭辩论结束之后是被告人最后陈述阶段，在这个最后陈述阶段大家要注意两



点：第一个，被告人最后陈述的权利不能剥夺，而且不能代替。第二个，被告人最后陈述阶段有新的事实、证据，可能影响正确裁判的，应当恢复法庭调查。为什么被告人陈述阶段，新的事实和证据可能影响正确的裁判呢？大家想一下，被告人最后陈述阶段呈上新的证据对被告人有利还是不利？有利的。这个时候立法是从有利于被告人的角度出发，有新的辩解理由可以恢复法庭辩论，首先，辩解理由是在哪个阶段提出来的？法庭辩论阶段。为什么可以恢复呢？大家想一下，这个辩解理由可能是新的，但是这个事实已经查清了，如果事实已经查清了，仅仅是辩解理由是可以恢复法庭辩论的。

【注意】

新的事实、证据，可能影响正确裁判，应当恢复法庭调查；新的辩解理由，可以恢复法庭辩论（《刑诉法解释》第168条）。

《刑诉法解释》

第一百六十八条 被告人在最后陈述中提出了新的事实、证据，合议庭认为可能影响正确裁判的，应当恢复法庭调查；如果被告人提出新的辩解理由，合议庭认为确有必要的，可以恢复法庭辩论。

五、评议和宣判（不公开和公开）

（一）判决的种类

1. 变更罪名

什么叫变更罪名呢？检察机关指控被告人犯了甲罪，法院发现这个甲罪是不成立的，但是犯罪事实存在，换句话说，检察机关指控的这个罪名是错误的。举一个非常简单的例子，盗窃可以转化为抢劫，我偷东西，偷了之后我逃跑，被保安发现了，他叫我站住我不站住，然后我把保安打了一顿，检察机关起诉的是盗窃罪，显然是抢劫罪，法院在审理的过程中，发现了检察机关指控的事实是存在的，但是指控的罪名错了，这个时候法院能不能变更检察机关所指控的罪名？可以的。但是，如果法院在审判盗窃罪的过程中，发现被告人没有盗窃罪，但发现3年前他还强奸了一个小姑娘，盗窃罪不成立，强奸罪成立，行不行？不行。因为检察机关有没有指控他？有没有对强奸罪进行起诉？没有。如果这个时候检察机关没有起诉强奸罪，法院给定了一个强奸罪，这个是控审不分。由法院来行使控诉权，违背了不告不理原则。在审查的过程中，如果发现这个被告人还有起诉罪名以外的犯罪事实怎么办？可以建议检察机关变更起诉罪名，这是变更罪名，必须事实是同一的。

2. 证据不足的无罪判决

对于证据不足的，作出一个证据不足的无罪判决。

3. 不负刑事责任的判决

不负刑事责任的主要包括两种情况：无行为能力或者是限制行为能力。

4. 已过追诉时效或特赦令免除刑罚的，终止审理

过了追诉时效以后，根据刑法来说，是终止审理，刑诉法第 15 条规定的，终止审理是裁定还是判决？裁定。

5. 被告人死亡的

如果被告人死亡的有两种情形，一般的要终止审理，如果已经查明被告人无罪，法院仍然要作一个无罪判决。

《刑诉法解释》

第一百七十六条 人民法院应当根据案件的具体情形，分别作出裁判：

（一）起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人的罪名成立的，应当作出有罪判决；

（二）起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名与人民法院审理认定的罪名不一致的，应当作出有罪判决；

（三）案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人无罪的，应当判决宣告被告人无罪；

（四）证据不足，不能认定被告人有罪的，应当以证据不足，指控的犯罪不能成立，判决宣告被告人无罪；

（五）案件事实部分清楚，证据确实、充分的，应当依法作出有罪或者无罪的判决；事实不清，证据不足部分，依法不予认定；

（六）被告人因不满十六周岁，不予刑事处罚的，应当判决宣告被告人不负刑事责任；

（七）被告人是精神病人，在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，不予刑事处罚的，应当判决宣告被告人不负刑事责任；

（八）犯罪已过追诉时效期限，并且不是必须追诉或者经特赦令免除刑罚的，应当裁定终止审理；

（九）被告人死亡的，应当裁定终止审理；对于根据已查明的案件事实和认定的证据材料，能够确认被告人无罪的，应当判决宣告被告人无罪。

（二）评议和宣判

宣判前撤诉的，检察机关撤诉要不要经过法院审查？要经过法院审查。法院在什么条件下允许检察机关撤诉？被告无罪，只有当被告人无罪的时候情况下，法院才允许检察机关撤诉，但是这种情况不多。如果在审判阶段发现被告人还犯有指控罪名以外的犯罪事实，这个时候怎么办？建议检察机关变更或者是补充起诉，如果检察机关不变更、不补充起诉，那么明明他承认有罪了，检察院不变更、不补充起诉，法院直接判决行不行？不行，只能对指控的事实作出判决。宣判的形式有两种：当庭宣判，如果是当庭宣判这个宣判书在几天以内交给当事人包括检察机关？5 天。如果延期宣判的判决书什么

时候交给当事人和检察机关？当时。

【注意】

变更或补充起诉，如检察院不同意，就起诉的裁判（《刑诉法解释》第178条）。

《刑诉法解释》

第一百七十八条 人民法院在审理中发现新的事实，可能影响定罪的，应当建议人民检察院补充或者变更起诉；人民检察院不同意的，人民法院应当就起诉指控的犯罪事实，依照本解释第一百七十六条的有关规定依法作出裁判。

（三）审理期限

如果被告人被押的，审理期限是几个月？1个月。最长不能超过1个半月。如果符合刑诉法第126条，再延长几个月？1个月。但是必须要经过哪个批？省级，也就是高级法院。大家还记得刑诉法第126条的情况吗？羁押期限。羁押期限最长一般不超过几个月？2个月。延长几个月？1个月。哪个批？上级。第126条4种情形，延长几个月？2个月。哪个批？上一级还是省一级？省级。那么一般的4种情况是交通不便，流窜作案重大复杂，还有涉及面广，取证十分困难的重大复杂的案件，如果这4类案件有可能判决10年以上，羁押几个月？2个月。哪个批？省级。如果按照特别重大复杂的，最高要报到哪一个？全国人大常委会。反复强化才能达到记忆的效果。

【注意】

审理期限（1；1个半；最长2个半月）。

当事人被羁押的：不能超过1个月，最长不能超过1个半月，如果符合《刑事诉讼法》第126条的4种情形，再延长1个月，但是必须经省高级法院批准。最长2个半月。

《刑事诉讼法》

第一百二十六条 下列案件在本法第一百二十四条规定的期限届满不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定，可以延长二个月：

（一）交通十分不便的边远地区的重大复杂案件；

（二）重大的犯罪集团案件；

（三）流窜作案的重大复杂案件；

（四）犯罪涉及面广，取证困难的重大复杂案件。



第四节　审理中特殊情形的处理

《刑诉法解释》

第一百六十五条　被告人当庭拒绝辩护人为其辩护，要求另行委托辩护人的，应当同意，并宣布延期审理。被告人要求人民法院另行指定辩护律师，合议庭同意的，应当宣布延期审理。

重新开庭后，被告人再次当庭拒绝重新委托的辩护人或者人民法院指定的辩护律师为其辩护的，合议庭应当分别情形作出处理：

（一）被告人是成年人的，可以准许。但被告人不得再另行委托辩护人，人民法院也不再另行指定辩护律师，被告人可以自行辩护；

（二）被告人具有本解释第三十六条规定情形之一的，不予准许。

依照本解释第一百六十四条、本条第一、二款规定另行委托、指定辩护人或者辩护律师的，自案件宣布延期审理之日起至第十日止，准备辩护时间不计入审限。

第一百六十四条　对于辩护人依照有关规定当庭拒绝继续为被告人进行辩护的，合议庭应当准许。如果被告人要求另行委托辩护人，合议庭应当宣布延期审理，由被告人另行委托辩护人或者由人民法院为其另行指定辩护律师。

审理中特殊情形的处理有两种情形：第一，延期审理，第二，中止审理。那我们看一看，哪些情况是延期审理？在刑事诉讼当中，当事人提出新的证据，在这种情况，法院如果有异议了应当延期审理，如果当事人提出了法定的理由要回避，程序要暂停，辩护人要延期审理。那么中止审理也有很多情形，我给大家总结总结。首先我们看一下，延期审理要不要申请？在审判的过程中，有新的事实要提交，要不要法院审查？要。检察机关补充侦查要不要申请？要。下面我们看中止审理要不要经过申请？审判过程中控诉人、被告人、犯罪嫌疑人，要不要申请？被告人说，最近准备司法考试很累，要不要申请？得了什么精神病，这个情况要不要申请？肯定是不要申请的。案件起诉到法院以后，被告人脱逃，使法庭的调查无法进行的，被告人脱逃，要不要向法院申请？不要。由于其他不可抗拒的原因，使案件无法审理的，天发洪水把法院冲掉了，不需要向法院申请。所以大家注意了，中止审理的理由不需要向法院申请，延期审理都需要向法院申请。所以，要不要申请，导致第二个问题。第二个，延期审理的期限都是有明确性的，但是中止审理有没有明确的期限？没有。中止审理的期限只有不确定性，而延期审理都有明确的期限。延期审理不超过几个月？1 个月。补充侦查几个月？1 个月。而且，如果在延期审理的期限内，检察机关不申请的，按撤诉处理。回避是暂停审理，这个时间比较短。变更辩护人，不超过多少天？10 天。如果变更并重新起诉的这个期限要重新推断，都有明确的期限，而中止审理没有明确的期限，这是第二个。第三个，延期审理一般是决定、裁定、还是判决？决定延期审理。但是中止审理就是裁定。第四个，中止

审理由简易程序转化为普通程序，跟前面不一样，是司法解释当中加的，它的类型是哪一个呢？决定中止审理。简易程序转化为普通的程序，审理期限从哪一天开始算？转化之日起。这个大家稍微了解一下就行了。

下面说一下终止审理，终止审理有两点：第一个，终止审理是裁定、决定还是判决？裁定。第二个，它是刑诉法第 15 条的第（2）项到第（6）项，为什么不包括第（1）项情节显著轻微危害不大，不构成犯罪的？它只能宣告无罪。这是审理中特殊情节的处理，要记着几个核心。

第五节　法庭秩序

《刑事诉讼法》

第一百六十一条　在法庭审判过程中，如果诉讼参与人或者旁听人员违反法庭秩序，审判长应当警告制止。对不听制止的，可以强行带出法庭；情节严重的，处以一千元以下的罚款或者十五日以下的拘留。罚款、拘留必须经院长批准。被处罚人对罚款、拘留的决定不服的，可以向上一级人民法院申请复议。复议期间不停止执行。

对聚众哄闹、冲击法庭或者侮辱、诽谤、威胁、殴打司法工作人员或者诉讼参与人，严重扰乱法庭秩序，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

《刑诉法解释》

第一百八十四条　在法庭审判过程中，如果诉讼参与人或者旁听人员违反法庭秩序，合议庭应当按照下列情形分别处理：

（一）对于违反法庭秩序情节较轻的，应当当庭警告制止并进行训诫；

（二）对于不听警告制止的，可以指令法警强行带出法庭；

（三）对于违反法庭秩序情节严重的，经报请院长批准后，对行为人处 1000 元以下的罚款或者十五日以下的拘留；

（四）对于严重扰乱法庭秩序，构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。

当事人对人民法院罚款、拘留的决定不服，可以向上一级人民法院申请复议。复议申请可以直接向上一级人民法院提出，也可以通过作出罚款、拘留决定的人民法院提出。通过作出罚款、拘留决定的人民法院向上一级人民法院申请复议的，该人民法院应当自收到复议申请之日起三日内，将申请人的复议申请、罚款或者拘留决定书和有关事实、证据材料一并报上一级人民法院复议。上一级人民法院复议期间，不停止决定的执行。

如果违反了法庭秩序将导致相应的制裁后果。第一个警告、训诫；第二个强行带出法庭；第三个罚款或拘留；第四个负刑事责任。这是从轻到重的责罚，如果违反了法庭纪律相关人员处以警告或训诫，这是轻微的，包括强行带出法庭，罚款拘留，最严重的是负刑事责任。所以大家注意了，这里面考点在什么地方呢？警告、训诫、强行带出法

庭需要由哪个来决定？审判长。而罚款、拘留由哪个来决定？院长。既然警告、训诫、强行带出法庭是轻微的，而且对相关人员的影响不大，在这种情况下，由审判长作出来决定，那相关人员能不能复议？有没有必要申请复议？开庭都已经结束了，提审都已经结束了，所以，第一个和第二个如果不服的话不能申请复议，但是对于拘留和罚款，直接影响到被处罚人的财产，所以不服能不能申请复议？可以。是向原级机关还是上一级机关？上级。当然复议期间停止不停止执行？不停止执行，罚款罚多少钱以下？1000元以下，拘留15日以下，这个拘留叫司法拘留。

第六节 关于适用普通程序审理"被告人认罪案件"

关于适用普通程序审理被告人认罪案件的，我们又把它叫做普通程序简易审或者叫普通程序简化审，在理解这个具体的规则之前，我们要搞清楚，这个程序从本质上看是普通程序还是简易程序？普通程序，是在普通程序的基础上简化了，它和后面的简易程序是不一样的。

首先第一个适用的范围。那些不能用被告人认罪程序审理的案件，是复杂的还是简单的？复杂的，性质是严重的。盲聋哑的，可能判处死刑的。无期的可不可以适用？不可以。外国人犯罪的有重大影响的，被告人认罪但是审查认为可能不构成犯罪的，所以一个无罪判决能不能通过被告人认罪来判断？不能。必须是一个有罪判决，因为如果是一个无罪判决，那么证明控方起诉他是一个重大的问题，他是一个无罪的人反而起诉他。

共同案件当中有的被告人不认罪或者不同意适用本程序审理的，那么共同犯罪如果要起诉他，必须所有的被告人都认罪，而且都同意适用这个程序。在程序当中，需要大家掌握这样两个小问题：第一个被告人认罪的案件，必须要经过几方的同意？三方。重要的是必须要经过被告人的同意，为什么？因为法律规定了，一般的案件有普通的程序。如果要把它简化，简化的是哪个人的权利？被告人的权利，所以必须要经过被告人的同意。这是第一个。第二个，普通程序简化，但是每一个具体的诉讼阶段不能省略，什么意思？能不能把整个的法庭调查省略掉？能不能把整个的法庭辩论省略掉？不能。这是在普通程序的基础上简化，对于证据，只需要出示一些主要证据，其他的证据罗列一下。所以说简化最低的限度就是不能省略具体的诉讼阶段。第三个，既然程序简化了，法院审理这个程序，被告人配合国家，节约了国家的司法资源，那就应该给被告人一个相应的奖励。这个奖励就是量刑要从轻，但是这个结果是必然的吗？不是必然的，这个从轻是酌情从轻。

第七节 自诉案件

《刑事诉讼法》

第一百七十一条 人民法院对于自诉案件进行审查后，按照下列情形分别处理：

（一）犯罪事实清楚，有足够证据的案件，应当开庭审判；

（二）缺乏罪证的自诉案件，如果自诉人提不出补充证据，应当说服自诉人撤回自诉，或者裁定驳回。

自诉人经两次依法传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，按撤诉处理。

法庭审理过程中，审判人员对证据有疑问，需要调查核实的，适用本法第一百五十八条的规定。

《刑诉法解释》

第一百八十八条 对于自诉案件，人民法院经审查有下列情形之一的，应当说服自诉人撤回起诉，或者裁定驳回起诉：

（一）不符合本解释第一百八十六条规定的条件的；

（二）证据不充分的；

（三）犯罪已过追诉时效期限的；

（四）被告人死亡的；

（五）被告人下落不明的；

（六）除因证据不足而撤诉的以外，自诉人撤诉后，就同一事实又告诉的；

（七）经人民法院调解结案后，自诉人反悔，就同一事实再行告诉的。

第一百九十二条 对于已经立案，经审查缺乏罪证的自诉案件，如果自诉人提不出补充证据，应当说服自诉人撤回起诉或者裁定驳回起诉；自诉人经说服撤回起诉或者被驳回起诉后，又提出了新的足以证明被告人有罪的证据，再次提起自诉的，人民法院应当受理。

第一百九十四条 被告人实施的两个以上的犯罪行为，分别属于公诉案件和自诉案件的，人民法院可以在审理公诉案件时，对自诉案件一并审理。

第二百零四条 在自诉案件审理过程中，被告人下落不明的，应当中止审理。被告人归案后，应当恢复审理，必要时，应当对被告人依法采取强制措施。

第二百零五条 审理自诉案件，应当参照刑事诉讼法第一百六十二条和本解释第一百七十六条的有关规定作出判决。对于依法宣告无罪的案件，其附带民事诉讼部分应当依法进行调解或者一并作出判决。

《刑事诉讼法》

第一百七十二条 人民法院对自诉案件，可以进行调解；自诉人在宣告判决前，可以同被告人自行和解或者撤回自诉。本法第一百七十条第三项规定的案件不适用调解。

《刑诉法解释》

第二百条 调解应当在自愿、合法，不损害国家、集体和其他公民利益的前提下进行。调解达成协议的，人民法院应当制作刑事自诉案件调解书，由审判人员和书记员署名，并加盖人民法院印章。调解书经双方当事人签收后即发生法律效力。调解没有达成

协议或者调解书签收前当事人反悔的，人民法院应当进行判决。

第二百零一条 人民法院裁定准许自诉人撤诉或者当事人自行和解的案件，被告人被采取强制措施的，应当立即予以解除。

第二百零二条 自诉人经两次依法传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭准许中途退庭的，人民法院应当决定按自诉人撤诉处理。

自诉人是二人以上，其中部分人撤诉的，不影响案件的继续审理。

第二百零三条 对于刑事诉讼法第一百七十条第（三）项规定的案件，不适用调解。

《刑事诉讼法》

第一百七十三条 自诉案件的被告人在诉讼过程中，可以对自诉人提起反诉。反诉适用自诉的规定。

《刑诉法解释》

第二百零六条 告诉才处理和被害人有证据证明的轻微刑事案件的被告人或者其法定代理人在诉讼过程中，可以对自诉人提起反诉。反诉必须符合下列条件：

（一）反诉的对象必须是本案自诉人；

（二）反诉的内容必须是与本案有关的行为；

（三）反诉的案件必须符合本解释第一条第（一）、（二）项的规定。

反诉案件适用自诉案件的规定，并应当与自诉案件一并审理。原自诉人撤诉的，不影响反诉案件的继续审理。

第一，自诉案件的范围我就不讲了，第二，自诉案件的条件已经讲过好多遍了，主要讲自诉案件审理的特点。有这样一个题目，三类自诉案件都可以：A. 调解，B. 和解，C. 撤诉，D. 反诉。正确的答案，三类自诉案件都可以和解和撤诉，只有两类案件可以调解和反诉。第一个，人民法院可以进行调解，只有前面两类，也就是说公诉转自诉能不能调解？不能。大家注意了，**公诉转自诉不需要调解**，为什么？因为公诉转自诉从形式上看是自诉案件，但是实际上是公诉案件，往往这类案件涉及相关的国家机关代理行使职权，所以，这一类是不能调解的。调解是在哪个主持下？法院的主持下。那么和解是在双方当事人自愿的情况下。大家注意了，和解三类都可以。第三个，可以撤诉，公诉案件可不可以撤诉？可以。公诉案件的撤诉要不要通过法院的审查？要。法院审查的条件是什么？被告人无罪。自诉案件撤诉要不要通过法院的审查？也需要。法院审查允许撤诉的条件是什么？是不是被告人无罪？不是。审查撤诉是否是双方当事人自愿。有的是威胁，有的是恐吓。可以撤诉但是需要法院审查，撤诉的标准是撤诉的自愿性。三类自诉案件都可以撤诉。

被告人可以对自诉人提出反诉，有几类？两类。公诉转自诉不适合反诉，为什么？因为反诉有相应的条件。反诉的对象是自诉人。这个具体是什么意思？甲打乙，乙打甲，在这个时候，甲起诉乙，乙说你也打了我，我也起诉你。在这个时候可以不可以？可以。大

家注意了，当事人的地位刚好是相反的，本案的自诉人应该就是被反诉人吧？本案的被告人应该就是反诉的人，他们的地位刚好是相反的，这个比较简单，这是第一个。

第二个，与本案有关的行为。与本案有关的行为是基于同一的法律事实。我举一个例子大家就理解了，甲和乙，甲今天把乙打了一顿打成轻伤，乙说这个仇我一定要报，三天以后乙又把甲打成轻伤了，那么甲起诉乙，乙说我要反诉你，这个是不是就是反诉？这是不是基于同一个法律关系？不是，这是两个。再举一个例子，甲打乙，乙打甲，甲上去把乙的耳朵咬掉了，而乙一拳把甲的三颗牙给打掉了，被打掉了三颗牙的甲是轻伤。耳朵给咬掉了，器官的缺失一般是重伤。甲起诉乙，把乙告到法院去了，乙说你把我的耳朵咬掉了，我现在见不了人了，我要反诉你，这个时候，它就不符合反诉的一个条件，就是本诉和反诉都必须属于自诉案件，而且这个自诉案件不包括公诉人，所以这个时候，被咬耳朵的，只能通过什么途径来维权？报案，把它变成一个公诉案件，当然这个公诉和自诉能不能合并审理？可以。

把这个案件再改一下，甲打乙、乙打甲，甲把乙打成轻伤，乙把甲也打成轻伤，先是甲起诉乙，起诉之后乙被判刑了，在二审阶段乙说不服要反诉甲，行不行？不行。以调解方式结案行不行？也不行，必须要另行起诉。这个与附带民事诉讼案件一样不一样？不一样。附带民事诉讼在案件当中如果进行反诉必须以什么方式结案？调解，调解不成的才另行起诉，而在这个时候调解都不行，因为这个是刑事案件，要求更高。反诉的对象是自诉人与本案有关的行为，反诉的案件属于自诉案件，在自诉一审判决宣告前起诉，否则另行起诉，这是反诉。

注意，自诉案件具有可分性。什么叫做自诉案件具有可分性？被害人明明知道还有其他的人对他进行了伤害，但是他只起诉部分的伤害人。举一个例子，甲、乙两个人把丙打了一顿，丙只起诉甲一个人可不可以？可以。他明知道乙也对他进行了伤害，他不起诉乙可不可以？可以。大家注意了，甲乙两个人对丙实施了伤害，丙只起诉甲一个人这是可以的，要尊重当事人的处置权，因为这是自诉案件，要尊重他的权利，他只起诉一个人是可以的。但是当一审判决宣告了，再想起诉另外一个人就不行了。自己要慎重，因为国家的资源不是自己想怎么样用就怎么用的，这是刑事权利放弃了，但是刑事权利放弃，是不是意味着民事权利也放弃了？不是。这是几个法律关系？两个法律关系。那么能不能对乙提起民事诉讼？可不可以？可以。大家注意了，这是一种情况。我按照刚才的案例再改造一下。甲乙两个人把丙丁两个人打成轻伤了，现在丙起诉甲乙两个人，这个时候法院怎么办？法院应当通知丁，丁说我不参加，可以不可以？可以。尊重他的处决权，尊重他的不表示。但是到了一审判决结束了之后，丁说我也要起诉，这个时候法院同意不同意他的诉讼？不同意。这个时候就视为丁放弃自己的权利。但是他刑事权利的放弃，是不是意味着民事权利也放弃？不是。这是几个法律关系？两个法律关系。所以，丁对甲和乙另行提起民事诉讼，可以不可以？可以。我们连举了两个例子，把这两个例子理解了就行了。最高法解释第 193 条，如果不懂，可以看看这个法条。这里面大家注意了，自诉案件按照撤诉处理的，是两次合法传唤。那么请问大家，附带民事诉讼案件的处理是什么情形？几次？一次。附带民事诉讼撤诉是一次。公诉案件是怎么处理的？在延长期限里面没有恢复庭审。按照撤诉处理。注意，公诉案件与自

诉案件是可以一并审理的。

最后，自诉案件的强制措施。什么叫自诉案件的强制措施？如果在自诉案件审理过程中，当事人愿意调解的，或者是和解的，这个时候如果有强制措施，强制措施应当怎么样？立即解除，配合他们的调解。

【注意】

自诉案件具有可分性（被告人的可分性；自诉人的可分性）（《刑诉法解释》第193条）。

（明知共同侵害人；其他被害人不参加诉讼或不出庭；另行提起民事诉讼，可以。）

（自诉按撤诉处理的情形：两次合法传唤或中途退庭；附带民事诉讼的撤诉：一次合法传唤按照撤诉。部分撤诉，不影响其他的审理。）

《刑诉法解释》

第一百九十三条 自诉人明知有其他共同侵害人，但只对部分侵害人提起自诉的，人民法院应当受理，并视为自诉人对其他侵害人放弃告诉权利。判决宣告后自诉人又对其他共同侵害人就同一事实提起自诉的，人民法院不再受理。共同被害人中只有部分人告诉的，人民法院应当通知其他被害人参加诉讼。被通知人接到通知后表示不参加诉讼或者不出庭的，即视为放弃告诉权利。第一审宣判后，被通知人就同一事实又提起自诉的，人民法院不予受理。但当事人另行提起民事诉讼的，不受本解释限制。

第八节　简易程序

《刑事诉讼法》

第一百七十四条 人民法院对于下列案件，可以适用简易程序，由审判员一人独任审判：

（一）对依法可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的公诉案件，事实清楚、证据充分，人民检察院建议或者同意适用简易程序的；

（二）告诉才处理的案件；

（三）被害人起诉的有证据证明的轻微刑事案件。

《最高人民法院、最高人民检察院、司法部关于适用简易程序若干问题的规定》[1]

第一条 对于同时具有下列情形的公诉案件，可以适用简易程序审理：

---

[1] 《最高人民法院、最高人民检察院司法部、关于适用简易程序若干问题的规定》（以下简称《适用简易程序若干规定》），2003年3月14日颁布实施。

（一）事实清楚、证据充分；
（二）被告人及辩护人对所指控的基本犯罪事实没有异议；
（三）依法可能判处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者单处罚金。
第二条 具有下列情形之一的公诉案件，不适用简易程序审理：
（一）比较复杂的共同犯罪案件；
（二）被告人、辩护人作无罪辩护的；
（三）被告人系盲、聋、哑人的；
（四）其他不宜适用简易程序审理的情形。

第二百二十条 刑事诉讼法第一百七十四条第（一）项规定的可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的公诉案件，是指被告人被指控的一罪或者数罪，可能被宣告判处的刑罚为三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的案件。

第二百二十一条 人民法院对公诉案件的被告人可能判处免予刑事处分的，可以适用简易程序。

第二百二十二条 人民法院审理具有以下情形之一的案件，不应当适用简易程序：
（一）公诉案件的被告人对于起诉指控的犯罪事实予以否认的；
（二）比较复杂的共同犯罪案件；
（三）被告人是盲、聋、哑人的；
（四）辩护人作无罪辩护的；
（五）其他不宜适用简易程序的。

一、简易程序的适用范围

（1）适用的审级。简易程序肯定适用于几审？一审。
（2）适用的法院是哪一级？基层。
（3）适用的法律范围，作为重点。哪些案件可以适用简易程序？事实清楚，证据充分，而且被告人和辩护人对基本事实无异议。被告人能判几年以下？3年。请问大家逮捕的刑罚要几年？有期徒刑以上。

我们看看做个题目。下列案件可以适用简易程序的是：A. 公诉转自诉案件；B. 无罪判决；C. 罚金；D. 没收财产。公诉转自诉，行不行？不行。因为，公诉转自诉是简单还是复杂的？复杂的。B. 通过简易程序，能不能作出无罪判决？不能。刚才我说的，如果是无罪判决，控方过错肯定大了，至少检察机关起诉了，至少作为有罪的。法院作了无罪判决，那至少法院和检察院的意见不一致。所以大家要注意一下，通过简易程序，不能作出无罪判决。C. 罚金。罚金可不可以？可以。D. 没收财产。罚金可以，那没收财产呢？没收财产说明这个案件的性质是严重还是轻微？财产都没收了那肯定就是严重的。还有剥夺权利，这样的性质是严重的，还是轻微的？严重的，至少它的性质严重。所以这个道理要清楚。给予一定的处分，这个肯定是可以的，它的定位是免刑。



二、简易程序的审理特征

《刑事诉讼法》

第一百七十五条 适用简易程序审理公诉案件，人民检察院可以不派员出席法庭。被告人可以就起诉书指控的犯罪进行陈述和辩护。人民检察院派员出席法庭的，经审判人员许可，被告人及其辩护人可以同公诉人互相辩论。

《刑诉法解释》

第二百二十三条 人民法院决定适用简易程序审理案件，应当在向被告人送达起诉书副本的同时，告知该案适用简易程序审理。

适用简易程序审理的案件，送达起诉书至开庭审判的时间，不受刑事诉讼法第一百五十一条第（二）项规定的限制。

第二百二十四条 适用简易程序审理的案件，在开庭审判前，人民法院应当将开庭的时间、地点通知人民检察院、自诉人、被告人、辩护人，也可以通知其他诉讼参与人。

通知可以用简便方式，但应当记录在卷。

第二百二十五条 适用简易程序审理的案件，审判员宣布开庭，传被告人到庭后，应当查明被告人的基本情况，然后依次宣布案由、独任审判员、书记员、公诉人、辩护人、诉讼代理人、鉴定人和翻译人员的名单，并告知各项诉讼权利。

被告人可以就起诉书指控的犯罪事实进行陈述和辩护。审判员可以出示、宣读主要证据，并听取被告人的意见。如果公诉人出庭支持公诉，在被告人陈述后，公诉人可以出示、宣读主要证据。经审判员准许，被告人及其辩护人可以同公诉人进行辩论。

审判员在必要时，可以讯问被告人。

被告人作最后陈述后，人民法院一般应当当庭宣判。

第二百二十六条 适用简易程序审理的案件，被告人委托辩护人的，辩护人可以不出庭，但应当在开庭审判前将书面辩护意见送交人民法院。

第二百二十八条 适用简易程序审理的自诉案件，自诉人宣读起诉书后，被告人可以就起诉书指控的犯罪事实进行陈述，并自行辩护。自诉人应当出示主要证据。被告人有证据出示的，审判员应当准许。经审判员准许，被告人及其辩护人可以同自诉人及其诉讼代理人进行辩论。

《适用简易程序若干规定》

第六条 适用简易程序审理公诉案件，除人民检察院监督公安机关立案侦查的案件，以及其他人民检察院认为有必要派员出庭的案件外，人民检察院可以不派员出庭。

《刑事诉讼法》

第一百七十七条 适用简易程序审理案件，不受本章第一节关于讯问被告人、询问证人、鉴定人、出示证据、法庭辩论程序规定的限制。但在判决宣告前应当听取被告人的最后陈述意见。

《适用简易程序若干规定》

第八条 对于适用简易程序审理的公诉案件，人民法院一般当庭宣判，并在五日内将判决书送达被告人和提起公诉的人民检察院。

第九条 人民法院对自愿认罪的被告人，酌情予以从轻处罚。

《刑事诉讼法》

第一百七十九条 人民法院在审理过程中，发现不宜适用简易程序的，应当按照本章第一节或者第二节的规定重新审理。

《刑诉法解释》

第二百二十九条 适用简易程序审理的案件，在法庭审理过程中，发现以下不宜适用简易程序情形的，应当决定中止审理，并按照公诉案件或者自诉案件的第一审普通程序重新审理：

（一）公诉案件被告人的行为不构成犯罪的；

（二）公诉案件被告人应当判处三年以上有期徒刑的；

（三）公诉案件被告人当庭翻供，对于起诉指控的犯罪事实予以否认的；

（四）事实不清或者证据不充分的；

（五）其他依法不应当或者不宜适用简易程序的。

第二百三十条 转为普通程序审理的案件，审理期限应当从决定转为普通程序之日起计算。

《适用简易程序若干规定》

第十条 人民法院在适用简易程序审理公诉案件时，发现有下列情形之一的，应当将简易程序转为普通程序重新审理：

（一）被告人的行为不构成犯罪；

（二）被告人应当判处三年以上有期徒刑刑罚；

（三）被告人当庭对起诉指控的犯罪事实予以否认；

（四）事实不清或者证据不足；

（五）其他不宜适用简易程序审理的情形。

人民检察院未派员出庭的，人民法院应当将上述决定书面通知人民检察院。

（一）程序简便

简易程序受不受普通程序的限制？不受。请问起诉书副本多少天送达？10天。刚才讲了，被告人、证人、辩护人这一方开庭前几天要提供证据？5天。几天公布案由？3天。什么时候公布不公开审理？当庭公布。我再补充一下，不公开审理的时候，当事人的近亲属能不能旁听？与审判无关的人，法庭工作人员能不能旁听？不能。当事人的近亲属也不能够旁听，除非他是参与庭审的诉讼参与人。

（二）通知开庭简易

普通程序都是书面通知，简易程序是什么？口头。

（三）审判组织特殊

刑诉法规定，简易程序是可以适用独任制。最高法解释，建议持续适用独任制，它的意思要理解，虽然没有明确讲，但是它的意思是应当适用。2006年的大纲写了一个可以适用独任制，2006年的标准答案是应当适用独任制。所以大家注意了，到目前为止，还是"可以适用独任制"。按照法条肯定是可以，法理上也是可以。审判组织是可以适用独任制，我把相关的法条和依据都讲了。有的同学问我，我上次在新浪网做了一个节目，他问我，老师，如果司法考试当中，出现了错题怎么办？我说，这个我也没办法。我们现在也知道，出题的都不是一个地方的，如果是一个地方我就按错的讲，但是从总的来看错的应该是非常少的，还是比例比较小的。

（四）适用简易程序审理

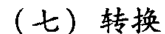
它的程序都比较简单，大家注意了，人民检察院是可以不派人，但是检察机关派人去支持上诉，可不可以？当然可以了。但是大家注意了，有一类案件虽然是通过简易程序审理的，但是检察机关应当派人去支持上诉。哪一类案件？如果通过简易程序审理的案件，是检察院监督立案的，检察院应当派人出庭，这一点比较特殊。

（五）法庭审理程序简易

大家注意一下，适用这个程序，要几方同意？三方同意。因为这个简易程序是简易了哪方的权益？被告人的权益。要不要同意？要。法院建议要通过检察机关同意，检察机关建议要经过法院同意，但是最后还是要听被告人及辩护人的意见。这是第一个，要三方同意。第二个，简易到什么程度？是不是把被告人拉到法庭上，你叫张丹吧？对，我叫张丹。然后说，案件判决，回去吧。能不能简单到这个程度？不能。那么至少还查明他的身份。还有一种，无论怎么简易，哪一个程序不能省略、剥夺？被告人最后陈述不能省略，不能剥夺。当然司法解释又讲了一句话：被告人认罪的，法院可以直接进行裁判。这个我们不管，不要受这条影响。就记住一句话：被告人最后陈述的权利不能剥夺，其他的无论怎么省，但是这个不能省。所以，简易程序与普通程序简易审，哪个更加简单？我刚才讲了，普通程序简易审怎么省？每一个庭审阶段都得审查，法庭辩论能不能省？不能省。法律调查能不能省？不能。而这个简易程序法律调查都可以把它全部省略。所以简易程序非常简单。

（六）审理期限

审理期限是多少期限？20天。刚才讲普通程序是几个月？1个月。延长？半个月。再延长？1个月。



（七）转换

什么是转换？也就是说审理过程中，发现一些案件不适宜用简易程序，如果被羁押的被告人不认罪，能不能适用简易程序？不能。在法院审理过程中，发现被告人有可能判处10年，又要把它转换为什么？普通程序。我们刚才讲了，这个诉讼是用中止审理还是延期审理？中止审理。中止审理非常特殊的情况是用决定中止审理，而一般的中止经什么程序？裁定。决定中止审理，而且这个中止审理期限怎么计算？重新计算。一般中止审理是什么？暂停计算。大家注意一下，这个期限重新计算。

第九节　判决、裁定和决定

《刑事诉讼法》

第一百六十二条 在被告人最后陈述后，审判长宣布休庭，合议庭进行评议，根据已经查明的事实、证据和有关的法律规定，分别作出以下判决：

（一）案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人有罪的，应当作出有罪判决；

（二）依据法律认定被告人无罪的，应当作出无罪判决；

（三）证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。

首先判决是适用解决实质问题还是程序问题？肯定是实质问题。裁定一般是什么问题？程序问题。有没有实质问题？有。哪个阶段的裁定是解决实质问题？执行阶段。决定是解决什么问题？程序问题。判决肯定是哪个作出来的？法院作出来的。裁定肯定是哪个作出来的？法院作出来的。决定是公检法三机关都可以作出来的。所以大家看，如果是检察院作出来的，肯定是什么？决定。公安机关作出来的肯定也是决定。

我们一个个来看一看，哪些需要大家掌握的。第一个是判决，判决有罪或无罪，一般案件生效的判决只能有几个？一个。第二个，裁定。程序性的裁定包括：诉讼期限的延展、中止审理（简易程序转普通程序例外用决定）、维持原判、撤销原判发回重审、驳回公诉或自诉、核准死刑等。注意一下其中的维持原判，民事诉讼当中维持原判是不是裁定？民事诉讼当中是叫判决。我们刑事诉讼当中是裁定。那么实体性的裁定是在哪一个阶段产生的？执行阶段，如：减刑、假释、撤销缓刑、减免罚金。第三个是决定。决定要大家掌握哪些呢？开庭审判适用决定这个大家要注意一下，延期审理，把延期审理作为重点，延期审理适用决定。另外，还有回避；是否立案；有关强制措施；实施各种侦查行为；撤销案件；延长羁押期限；起诉或不起诉；开庭审判；调取新证据；抗诉；提起再审程序等，了解一下即可。下面这个表不要背，要理解，看一看就行了。

区别	判决	裁定	决定
(1) 适用对象不同	案件中的实体问题	案件中的程序问题和部分实体问题	案件中的程序问题
(2) 适用的阶段不同	审判阶段	审判阶段、执行阶段	侦查阶段、审查起诉阶段、审判阶段和执行阶段
(3) 适用机关不同	法院	法院	侦查机关、检察机关、审判机关和执行机关
(4) 表现形式不同	书面形式	书面形式、口头形式	书面形式或口头形式
(5) 排他性不同	具有排他性，一个案件只能有一项判决	一个案件可以有多个裁定	一个案件可以有多项决定
(6) 法律效力不同	不服未生效的判决，可以上诉或抗诉	对三类民事裁定可以上诉，	不可上诉，但可申请复议一次

我建议大家对这些小的知识点不要急着背，先立一个大的框架出来，再往里面填知识点。在第一个阶段，不要求大家强记，先有一个感觉，稍微熟悉一下就行了，在第二个阶段有一些需要掌握的知识需要大家去总结记忆。

第十六章　第二审程序

我们国家实行两审终审，但是是不是说二审程序是一个必审程序？不是的。二审程序的起始必须有法定的理由，而且还必须要遵守相应的法律程序。那么我们看这个法定的理由和相应的程序。

第一节　二审程序的提起主体

《刑事诉讼法》

第一百八十条　被告人、自诉人和他们的法定代理人，不服地方各级人民法院第一审的判决、裁定，有权用书状或者口头向上一级人民法院上诉。被告人的辩护人和近亲属，经被告人同意，可以提出上诉。

附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人，可以对地方各级人民法院第一审的判决、裁定中的附带民事诉讼部分，提出上诉。

对被告人的上诉权，不得以任何借口加以剥夺。

《刑诉法解释》

第二百三十二条　地方各级人民法院在宣告第一审判决、裁定时，应当明确告知被告人、自诉人、附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人，如果不服判决或者裁定，有权在法定期限内以书状或者口头形式向上一级人民法院提出上诉；被告人的辩护人和近亲属，在法定期限内经被告人同意，也可以提出上诉；附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人，可以对判决或者裁定中的附带民事部分，提出上诉。

被告人、自诉人、附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人是否提出上诉，以他们在上诉期满前最后一次的意思表示为准。

《刑事诉讼法》

第一百八十一条　地方各级人民检察院认为本级人民法院第一审的判决、裁定确有错误的时候，应当向上一级人民法院提出抗诉。

第一百八十二条　被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审的判决的，自收到判决书后五日以内，有权请求人民检察院提出抗诉。人民检察院自收到被害人及其法定代理人的请求后五日以内，应当作出是否抗诉的决定并且答复请求人。

按照我们国家刑事诉讼法的规定，享有上诉权的有两方，第一个是被告人一方，如

果是公诉案件，是检察院一方，如果是自诉案件，是自诉人。

一、上诉的主体

享有独立的上诉权，就是自己作决定上诉的主体一个是被告人。还有一个是被告人的法定代理人。第二个，哪些人不享有独立的上诉权利？上诉必须要经过被告人或其法定代理人的同意。分两类。第一类是被告人的近亲属。第二类是被告人的辩护人。

二、抗诉的主体

抗诉的主体肯定是检察机关。关键有一个问题，在公诉案件当中，被害人有没有上诉权？没有。因为按照我们传统的理论，公诉案件，它侵害的主要是国家和社会的利益，而检察机关能够代表国家客观来行使这个起诉权。如果被害人不服一审判决，他只能申请检察机关抗诉。但是我们知道被告人上诉，检察机关抗诉，既可以针对判决，也可以针对裁定。但是被害人申请检察机关抗诉，只能针对判决。大家注意了，被害人申请检察机关抗诉，只能针对判决，那对裁定不服只能怎么样？申诉。如果被害人不服一审判决，他申请检察机关抗诉，期限是多少天？收到这个判决书多少天以内？5 天。检察机关在几天以内作出是否抗诉的决定？5 天。5 +5。被害人 5 天，检察院 5 天以内决定是否抗诉。这个是上诉和抗诉。

第二节　二审程序的提起理由

两审终审作为一项制度，被告人可以要求案件经过两级人民法院审理。所以上诉要不要正当的理由？不需要。只要他不服一审判决即可。大家注意了，上诉的理由是不服一审裁判即可。但是是不是只要检察机关不服一审判决，他就有权提出抗诉？不是。抗诉的理由是一审裁判确实有错。因为他是依据事实或法律来的。

第三节　二审程序提起的形式与途径

《刑事诉讼法》

第一百八十四条　被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人通过原审人民法院提出上诉的，原审人民法院应当在三日以内将上诉状连同案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院和对方当事人。

被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人直接向第二审人民法院提出上诉的，第二审人民法院应当在三日以内将上诉状交原审人民法院送交同级人民检察院和对方当事人。

《刑诉法解释》

第二百三十六条　被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人通过第一审人

民法院提出上诉的，第一审人民法院应当审查上诉是否符合法律规定。符合法律规定的，应当在上诉期满后三日内将上诉状连同案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院和对方当事人。

第二百三十七条 被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人直接向第二审人民法院提出上诉的，第二审人民法院应当在收到上诉状后三日以内将上诉状交第一审人民法院。第一审人民法院应当审查上诉是否符合法律规定。符合法律规定的，应当在接到上诉状后三日以内将上诉状连同案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院和对方当事人。

《刑事诉讼法》

第一百八十五条 地方各级人民检察院对同级人民法院第一审判决、裁定的抗诉，应当通过原审人民法院提出抗诉书，并且将抗诉书抄送上一级人民检察院。原审人民法院应当将抗诉书连同案卷、证据移送上一级人民法院，并且将抗诉书副本送交当事人。

上级人民检察院如果认为抗诉不当，可以向同级人民法院撤回抗诉，并且通知下级人民检察院。

《刑诉法解释》

第二百四十条 地方各级人民检察院对同级人民法院第一审判决、裁定的抗诉，通过第一审人民法院提交抗诉书。第一审人民法院应当在抗诉期满后三日内将抗诉书连同案卷、证据移送上一级人民法院，并且将抗诉书副本送交当事人。

一、上诉的形式与途径

上诉的形式既可以是书面，也可以是口头的。上诉的途径，大家要注意了，上诉状能不能直接交给人民法院？可以不可以？可以。能不能直接交给原人民法院，可不可以？可以。不交给原人民法院，直接交给它的上级人民法院，可不可以？可以。大家注意了，上诉途径有两个，既可以交给原人民法院，也可以移交上级人民法院。那么请问大家，如果是因为上诉效率问题，哪个更合适？原人民法院。为什么？因为交给上级人民法院，上级人民法院还会将上诉状返还给原审人民法院。经过原审人民法院形式上审查之后，再将这个上诉状和案卷材料包括证据，要提交给上级人民法院。那么法律为什么这样规定呢？主要是为了方便被告人行使自己的上诉权利，打消他上诉的顾虑。什么意思呢？因为普通的公民不懂法律，他说一审判决是你们人民法院作出来的，上诉状还交给原人民法院，原人民法院是不是把它藏起来？为了打消他的顾虑，方便他进行上诉，所以法律作了灵活的规定。

二、抗诉的形式与途径

第一个，抗诉的形式，检察机关必须以什么形式抗诉？书面。第二个，抗诉的途径。能不能说，为了打消检察机关顾虑，两种方式都可以？不能。抗诉书只能向哪个法

院提出来？抗诉书只能提交给原审人民法院。原审人民法院经过形式上审查之后，认为这个机关有抗诉权，在法律的期限提出来。然后再交给上级。大家注意一下，抗诉书只能向原人民法院提交。这里面还有一个概念大家注意一下，就是抗诉是原审法院重新立案，还是上级人民法院重新立案？提出抗诉的是哪一个？提出抗诉的是原审法院的同一级人民检察院。实际执行的是上级人民检察院。大家注意了，是二审法院重新立案。

第四节　二审程序提起的期限与效力

《刑事诉讼法》

第一百八十三条　不服判决的上诉和抗诉的期限为十日，不服裁定的上诉和抗诉的期限为五日，从接到判决书、裁定书的第二日起算。

《刑诉法解释》

第二百三十五条　第二审人民法院受理的上诉和抗诉案件，必须是在法定期限内提出的。不服判决的上诉和抗诉的期限为十日；不服裁定的上诉和抗诉的期限为五日。上诉和抗诉的期限，从接到判决书、裁定书的第二日起计算。

第二百四十二条　对附带民事判决或者裁定的上诉、抗诉期限，应当按照刑事部分的上诉、抗诉期限确定。如果原审附带民事部分是另行审判的，上诉期限应当按照民事诉讼法规定的期限执行。

第二百三十八条　被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人及其法定代理人在上诉期限内要求撤回上诉的，应当准许。

第二百三十九条　被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人及其法定代理人在上诉期满后要求撤回上诉的，应当由第二审人民法院进行审查。如果认为原判决认定事实和适用法律正确，量刑适当，应当裁定准许被告人撤回上诉；如果认为原判决事实不清，证据不足或者将无罪判为有罪、轻罪重判等，应当不准许撤回上诉，并按照上诉程序进行审理。

第二百四十一条　人民检察院在抗诉期限内撤回抗诉的，第一审人民法院不再向上一级人民法院移送案件；如果是在抗诉期满后第二审人民法院宣告裁判前撤回抗诉的，第二审人民法院可以裁定准许，并通知第一审人民法院和当事人。

第二百四十四条　对于在上诉、抗诉期满前撤回上诉、抗诉的案件，第一审判决、裁定在上诉、抗诉期满之日起生效；对于在上诉、抗诉期满后要求撤回上诉、抗诉，第二审人民法院裁定准许的，第一审判决、裁定应当自第二审人民法院裁定书送达原上诉人或者抗诉的检察机关之日起生效。

一、上诉、抗诉的期限

上诉的期限是 10 天。抗诉的期限也是 10 天。被害人申请检察机关抗诉几天？5

天。检察机关几天作出决定？5 天。附带民事诉讼部分的上诉期限分为两种情况，第一个刑事和民事一定是成立的，刑事案件和民事案件一般同时审理。只不过部分的案件是先刑后民。如果刑事和民事一并处理的，附带民事诉讼的期限怎么算？按刑事计算。如果刑民分开，先刑后民，先审理刑事案件，后审理民事案件，附带民事诉讼的上诉期限多少天？按照计算。民判决多少天？15 天。如果被告人对裁定不服，上诉期限是多少天？5 天。检察机关抗诉多少天？5 天。但是附带民事诉讼中民事诉讼裁定的期限是多少天？10 天。

二、上诉、抗诉的效力

（一）上诉、抗诉效力的内容

如果是合法的上诉、抗诉，一审判决不生效。

（二）上诉、抗诉的撤回

注意了，这个是二审撤诉的问题，前面已经讲了一审撤诉，包括自诉的撤诉、附带民事的撤诉、公诉案件按自诉撤诉的处理，以及公诉案件的撤诉。我们回顾一下。首先附带民事诉讼撤诉。什么是附带民事诉讼撤诉？什么时候是按照这个处理？自诉案件什么时候按撤诉处理，自诉案件是经几次传唤？两次，或者是什么？中途撤诉。附带民事诉讼是几次？一次。公诉案件按自诉处理是什么时候？补充侦查，在法律的期限内没有申请恢复庭审，按撤诉处理。三个地方大家注意。检察院在一审阶段撤诉，按照撤诉处理。要不要法院审查？要法院审查。法院允许撤诉的条件是什么？被告人无罪。自诉案件允许不允许自诉人撤诉？允许。那么条件是什么？自愿。

现在我们谈二审。在上诉期满前撤诉，不必经过法院审查，并且可以多次撤诉，一审裁判在上诉期满之日起生效；在上诉期满后撤诉的，要经过法院的审查，法院准许的，一审裁判在法院同意撤诉的裁定书送达之日起生效。

我举个例子，某一个判决是 4 月 5 号交给被告人的，上诉期限是哪一天？从几号开始计算？6 号，一直到 15 号。他 7 号上诉，因为他 5 号收到判决书。7 号上诉，10 号撤诉，可不可以？可以。要不要经过审查？不要。因为他是在上诉期限以内。上诉不上诉是他的权利。10 号他撤诉，11 号他又上诉，可不可以？可以。因为仍然是在上诉期限以内。12 号他又撤诉，可以不可以？可以。仍然是在期限以内不需要审查。这是上诉期满以前撤诉的情况。那么如果过了上诉期。还举刚才那个例子，10 号上诉，17 号撤诉，这个时候，已经过了上诉最后期限。这个时候案件处于什么阶段？法院的二审中。这个时候大家注意了，撤诉包括上诉的制度和抗诉的制度，不是被告人做的，也不是检察院做的，而是哪做的？法院。在上诉期满以后撤诉的，必须要经过法院审查，因为现在这个案件正处在法院的二审之中。法院允许他撤诉，条件是什么？一审裁判是正确的。问题出现了，17 号他要撤诉，那么法院 19 号审查，发现一审裁判是正确的，允许他撤诉，20 号这个法院就作了一个允许撤诉的裁定书，22 号交给当事人。请问这个一审裁判哪天生效？22 号，裁定书送达之日起生效。由于已经过了上诉期了，不能再按照上诉期满一审裁判生效来计算。

第五节　二审审判的原则（重点）

《刑事诉讼法》

第一百八十六条　第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉或者抗诉范围的限制。

共同犯罪的案件只有部分被告人上诉的，应当对全案进行审查，一并处理。

《刑诉法解释》

第二百四十六条　第二审人民法院应当就第一审判决、裁定认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉或者抗诉范围的限制。

第二百四十七条　共同犯罪案件，只有部分被告人提出上诉的，或者人民检察院只就第一审人民法院对部分被告人的判决提出抗诉的，第二审人民法院应当对全案进行审查，一并处理。

《刑事诉讼法》

第一百九十条　第二审人民法院审判被告人或者他的法定代理人、辩护人、近亲属上诉的案件，不得加重被告人的刑罚。

人民检察院提出抗诉或者自诉人提出上诉的，不受前款规定的限制。

《刑诉法解释》

第二百五十七条　第二审人民法院审理被告人或者其法定代理人、辩护人、近亲属提出上诉的案件，不得加重被告人的刑罚，并应当执行下列具体规定：

（一）共同犯罪案件，只有部分被告人提出上诉的，既不能加重提出上诉的被告人的刑罚，也不能加重其他同案被告人的刑罚；

（二）对原判认定事实清楚、证据充分，只是认定的罪名不当的，在不加重原判刑罚的情况下，可以改变罪名；

（三）对被告人实行数罪并罚的，不得加重决定执行的刑罚，也不能在维持原判决决定执行的刑罚不变的情况下，加重数罪中某罪的刑罚；

（四）对被告人判处拘役或者有期徒刑宣告缓刑的，不得撤销原判决宣告的缓刑或者延长缓刑考验期；

（五）对事实清楚、证据充分，但判处的刑罚畸轻，或者应当适用附加刑而没有适用的案件，不得撤销第一审判决，直接加重被告人的刑罚或者适用附加刑，也不得以事实不清或者证据不足发回第一审人民法院重新审理。必须依法改判的，应当在第二审判决、裁定生效后，按照审判监督程序重新审判。

人民检察院提出抗诉或者自诉人提出上诉的案件，不受前款规定的限制。但是人民

检察院抗诉的案件，经第二审人民法院审理后，改判被告人死刑立即执行的，应当报请最高人民法院核准。

第二百五十八条 共同犯罪案件中，人民检察院只对部分被告人的判决提出抗诉的，第二审人民法院对其他第一审被告人不得加重刑罚。

一、全面审查范围：二审、再审、死刑复核

在整个刑事诉讼法当中，全面审查有几个地方呢？三个地方。一个是二审，一个是再审，一个是死刑复核。所谓全面审查，受不受上诉判决限制？不受。全面审查包括5项内容。我举个例子。如果有共同犯罪的案件，甲上诉，乙没有上诉，乙这个部分审查不审查？审查。检察机关仅仅对法律问题提出抗诉，那么二审法院对事实审查不审查？审查。被告人对程序问题上诉，人民法院对实体怎么样？审查。注意一点，被告人对刑事部分上诉，对民事部分审查不审查？审查。对民事部分上诉，对刑事部分审查不审查？审查。总而言之，全面审查。

二、上诉不加刑原则（重点）

上诉的不加刑作为重中之重。首先要了解一下，什么叫上诉不加刑？也就是仅仅因为被告人一方上诉，而没有检察机关的抗诉，或者是自诉人的上诉，那么二审法院所作的裁判不能加重被告人的刑罚。大家注意了，上诉不加刑有一个前提，这个前提就是没有抗诉，包括没有自诉人的上诉，仅被告人一方上诉。那么为什么上诉不加刑？主要是为了打消被告人上诉的顾虑。这个道理非常简单，如果没有上诉不加刑，那么被告人上诉是不是会有疑虑，我上诉了二审会不会给我加刑？那我不如不上诉，所以上诉不加刑是从有利于被告人这个角度考虑。那么上诉不加刑具体的体现有哪些？

（1）被告人或者他的法定代理人、辩护人、近亲属上诉的案件，不得加重被告人的刑罚；

（2）人民检察院提出抗诉或者自诉人提出上诉的，不受上诉不加刑的限制。既有被告人一方上诉，又有人民检察院提出抗诉或者自诉人提出上诉的，同样不受上诉不加刑原则的限制；

（3）共同犯罪案件，只有部分被告人上诉的，既不能加重提出上诉的被告人的刑罚，也不能加重其他同案被告人的刑罚；

（4）共同犯罪案件中，人民检察院只对部分被告人的判决提出抗诉的，对其他第一审被告人不得加重刑罚；

（5）对原判认定事实清楚、证据充分，只是认定的罪名不当的，在不加重原判刑罚的情况下，可以改变罪名；

（6）对被告人实行数罪并罚的，不得加重决定执行的刑罚，也不能在维持原判决决定执行的刑罚不变的情况下，加重数罪中某罪的刑罚；

（7）对被告人判处拘役或者有期徒刑宣告缓刑的，不得撤销原判决宣告的缓刑或者延长缓刑考验期；

（8）对事实清楚、证据充分，但判处的刑罚畸轻，或者应当适用附加刑而没有适用的案件，不得撤销第一审判决，直接加重被告人的刑罚或者适用附加刑，也不得以事实不清或者证据不足发回原审人民法院重新审理。必须依法改判的，应当在第二审判决、裁定生效后，按照审判监督程序重新审理；

（9）提出上诉或者抗诉的理由属于第一审人民法院严重违反法律规定的诉讼程序的情形之一的，第二审人民法院应当裁定撤销原判，发回第一审人民法院重新审判。

下面我们可以做一些题目感受一下。共同犯罪案件，甲上诉乙不上诉，检察机关也没有抗诉。请问大家，在二审的时候，能不能给甲加刑？不能。因为甲已经上诉了。能不能因为乙没有上诉而加刑？也不能。不能因为甲的上诉而带来对乙的不利后果。甲乙共同犯罪，一审判决出来以后，检察机关仅仅针对甲抗诉，对乙没有抗诉，对甲抗诉可以不可以？可以。他适用上诉不加刑吗？不适用。因为是检察机关的抗诉。请问大家，对乙能不能加刑？不能加刑。不能因为检察机关对甲的抗诉，而带来对乙的不利后果。要理解它，当然说起来是比较简单，做题时又糊涂了。

再讲一个，一审法院按盗窃罪判甲有期徒刑3年。甲不服，提出上诉，检察院没有提出抗诉。二审法院发现，甲不是盗窃罪，是抢劫罪，按照抢劫罪判有期徒刑10年。请问大家，这个时候二审法院应该怎么办？一审法院对甲按盗窃罪判处有期徒刑3年，二审法院经过审理以后，发现事实不对，当然这个是定性错误，应该是抢劫罪，有期徒刑10年。首先，能不能把这个盗窃改成抢劫？能不能变更罪名？可以变更罪名。能不能加重、改变他的量刑？可以改变罪名，但是不能加重刑罚。

再举个例子，某人涉嫌两个罪，甲罪和乙罪。甲罪被判有期徒刑5年，乙罪被判有期徒刑10年。这个量刑怎么样？10年以上，15年以下。法院给他判有期徒刑12年。被告人不服，被告人说5年给我判得刚好，5年我服判，但是10年太重了。对这个10年判处不服可以不可以？可以。二审法院决定审查，既对甲罪审查又对乙罪审查，才发现甲罪这个5年应该改成十年，乙罪这个10年应该判处5年，二审法院说我改过来，仍然为12年，行不行？不行。大家注意了，数罪并罚的情况下，法院既不能加重罪名的刑罚，也不能加重某一个罪的刑罚。所以怎么改？5年维持原判。10年改成5年。所以两罪各是五年。最多只能判十年。结果还是不一样。

我再举个例子。某人因为盗窃被人民法院判有期徒刑3年缓期3年。被告人不服，我没有罪行凭什么给我判刑？虽然是缓刑，但我仍然是没有罪的，我不服，我上诉。二审人民法院说，判重了，给你改，改成有期徒刑1年。行不行？不行。这个时候是实刑。不能把缓刑变成实刑。只能改为仍然对被告人缓刑。

再举一个情况。被告人被一审法院因为抢劫罪判了有期徒刑10年。被告人不服，说我抢了那么多钱，把他打成那个样子，你才判我10年我不服，上诉。上诉到二审法院判无期徒刑、死刑的那种情况，抢孤寡老人，情节恶劣，至少要判无期徒刑。二审法院说，那这个时候不能说上诉无理，发回重审。在这个时候是理由清楚，或者应当是不加刑，在这个时候不能发回重审，因为它不属于发回重审。大家注意了，在这个时候的做法，只能维持原判。确实要改的，只能再启动一个万能的法宝——审判监督程序。

基本上所有的情况我都给举了例子，第9个不需要举例子，所有情况，从（3）～

（8）都举例说明了，这个每一条都需要大家掌握，要记。考的频率非常高。

第六节 二审审理的方式

《刑事诉讼法》

第一百八十七条 第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。合议庭经过阅卷，讯问被告人、听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见，对事实清楚的，可以不开庭审理。对人民检察院抗诉的案件，第二审人民法院应当开庭审理。

第二审人民法院开庭审理上诉、抗诉案件，可以到案件发生地或者原审人民法院所在地进行。

《刑诉法解释》

第二百五十三条 对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。

经过阅卷，讯问被告人，听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见后，合议庭认定的事实与第一审认定的没有变化，证据充分的，可以不开庭审理。

对人民检察院抗诉的案件，第二审人民法院应当开庭审理。

第二百五十四条 第二审人民法院开庭审理上诉、抗诉案件，可以到案件发生地或者原审人民法院所在地进行。

《刑事诉讼法》

第一百八十八条 人民检察院提出抗诉的案件或者第二审人民法院开庭审理的公诉案件，同级人民检察院都应当派员出庭。第二审人民法院必须在开庭十日以前通知人民检察院查阅案卷。

《刑诉法解释》

第二百六十三条 对第二审自诉案件，必要时可以进行调解，当事人也可以自行和解。调解结案的，应当制作调解书，第一审判决、裁定视为自动撤销；当事人自行和解的，由人民法院裁定准许撤回自诉，并撤销第一审判决或者裁定。

第二百六十四条 第二审人民法院对于调解结案或者当事人自行和解的自诉案件，被告人被采取强制措施的，应当立即予以解除。

第二百六十五条 在第二审程序中，自诉案件的当事人提出反诉的，第二审人民法院应当告知其另行起诉。

第二百六十六条 在第二审案件附带民事部分审理中，第一审民事原告人增加独立的诉讼请求或者第一审民事被告人提出反诉的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或者反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。

《关于死刑第二审案件开庭审理程序若干问题的规定（试行）》[●]

第一条 第二审人民法院审理第一审判处死刑立即执行的被告人上诉、人民检察院抗诉的案件，应当依照法律和有关规定开庭审理。

第二条 第二审人民法院审理第一审判处死刑缓期二年执行的被告人上诉的案件，有下列情形之一的，应当开庭审理：

（一）被告人或者辩护人提出影响定罪量刑的新证据，需要开庭审理的；

（二）具有刑事诉讼法第一百八十七条规定的开庭审理情形的。

人民检察院对第一审人民法院判处死刑缓期二年执行提出抗诉的案件，第二审人民法院应当开庭审理。

第四条 对死刑判决提出上诉的被告人，在上诉期满后第二审开庭前要求撤回上诉的，第二审人民法院应当进行审查。合议庭经过阅卷、讯问被告人、听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见后，认为原判决事实清楚，适用法律正确，量刑适当的，不再开庭审理，裁定准许被告人撤回上诉；认为原判决事实不清，证据不足或者将无罪判为有罪，轻罪重判的，应当不准许撤回上诉，按照第二审程序开庭审理。

第八条 人民检察院办理死刑上诉、抗诉案件，应当在开庭前对案卷材料进行全面审查，重点围绕抗诉或者上诉的理由，审查第一审判决认定案件事实、适用法律是否正确，证据是否确实、充分，量刑是否适当，审判活动是否合法，并进行下列工作：

（一）应当讯问被告人，听取被告人的上诉理由或者辩解；

（二）必要时听取辩护人的意见；

（三）核查主要证据，必要时询问证人；

（四）对鉴定结论有疑问的，可以重新鉴定或者补充鉴定；

（五）根据案件情况，可以听取被害人的意见。

第九条 第二审人民法院开庭审理的死刑上诉、抗诉案件，同级人民检察院应当派员出庭。

第十一条 第二审人民法院开庭审理死刑上诉、抗诉案件，应当由审判员三人至五人组成合议庭，对于疑难、复杂、重大的死刑案件，应当由院长或者庭长担任审判长。

第十三条 第二审人民法院开庭审理死刑上诉、抗诉案件，具有下列情形之一的，应当通知证人、鉴定人、被害人出庭作证：

（一）人民检察院、被告人及其辩护人对鉴定结论有异议、鉴定程序违反规定或者鉴定结论明显存在疑点的；

（二）人民检察院、被告人及其辩护人对证人证言、被害人陈述有异议，该证人证言或者被害人陈述对定罪量刑有重大影响的；

（三）合议庭认为其他有必要出庭作证的。

● 《关于死刑第二审案件开庭审理程序若干问题的规定（试行）》，2006年8月28日最高人民法院审判委员会第1398次会议通过，2006年9月11日最高人民检察院第十届检察委员会第60次会议通过，法释［2006］8号。

第十四条 第二审人民法院应当全面审理死刑上诉、抗诉案件。但在开庭时，可以根据具体情况围绕人民检察院、被告人及其辩护人提出争议的问题和人民法院认为需要重点审查的问题进行：

（一）审判长宣布开庭后，可以宣读原审判决书，也可以只宣读案由、主要事实、证据和判决主文等判决书的主要内容。法庭调查时，上诉案件由上诉人或者辩护人先宣读上诉状或者陈述上诉理由，抗诉案件由检察人员先宣读抗诉书；对于既有上诉又有抗诉的案件，先由检察人员宣读抗诉书，后由上诉人或者辩护人宣读上诉状或者陈述上诉理由。

（二）法庭调查的重点是，对原审判决提出异议的事实、证据以及提交的新的证据等。对于人民检察院、被告人及其辩护人没有异议的事实、证据和情节，可以不在庭审时调查。

（三）人民检察院、被告人及其辩护人对原审判决采纳的证据没有异议的，可以不再举证和质证。

（四）法庭辩论时，抗诉的案件，由检察人员先发言；上诉的案件，由上诉人、辩护人先发言；既有抗诉又有上诉的案件，由检察人员先发言，并依次进行辩论。

（五）对共同犯罪中没有判处死刑且没有提出上诉的被告人，人民检察院和辩护人在开庭前表示不需要进行讯问和质证的，可以不再传唤到庭。对没有被判处死刑的其他被告人的罪行，事实清楚的，可以不在庭审时审理。

（六）对被告人所犯数罪中判处其他刑罚的犯罪，事实清楚且人民检察院、被告人及其辩护人没有异议的，可以不在庭审时审理。

第十五条 在第二审程序中，检察人员或者辩护人发现证据出现重大变化，可能影响案件定罪量刑的，可以建议延期审理。

第十六条 第二审人民法院应当在裁判文书中写明人民检察院的意见、被告人的辩解和辩护人的意见，以及是否采纳的情况并说明理由。

第十八条 在第二审程序中，出席法庭的检察人员发现法庭审判活动违反法律规定的诉讼程序，休庭后由人民检察院向人民法院提出纠正意见。

一、审判的地点

案件审判地点，可以到案件发生地，也可以在原审人民法院所在地。当然在二审法院所在地也可以。

二、二审开庭审理

原则上二审是开庭还是不开庭？开庭。但是，如果每一个二审案件都开庭，有没有必要？没有必要。有的二审案件被告人不懂法律，他不服，就上诉，实际上是符合法律程序的。这种情况有的没有必要开庭。但是大家注意一下，无论是怎么样，有三类案件应当开庭。第一类检察院抗诉。因为我们国家检察机关的地位非常特殊，地位非常高。第二类事实不清或者是证据不足的，二审法院查的时候必须要开庭。第三类死刑案件的二审，应当开庭审理。

三、不开庭审理

什么情况下二审可以不开庭？经过二审讯问被告人达到一个什么样的效果？经审查，发现事实没有变化，证据充分的。那么反过来，事实有变化，或者证据不足的，要不要开庭？要开庭。那么能不能说，我们国家不开庭审理就是书面审理？不能这样说。因为书面审理存在的问题是什么？没有办法讯问被告人。我们有一个程序是讯问被告人。请问大家这个前面应该加一个应当还是可以？应当。这是一个必经程序。在审查起诉的时候，也有一个与此相类似的"必须"是什么？审查起诉的时候应当听取犯罪嫌疑人、被害人及其委托人意见。这个前后要联系起来。

四、共同犯罪的案件

例如，甲乙两人共同犯罪，甲不服一审判决，甲上诉乙没有上诉。那么这个时候，乙虽然没有上诉，但是他是不是应当参加法律调查？我们看看法律是怎么规定的，没有上诉的，或者检察院没有对他进行抗诉的这个共同被告人，他应当参加法庭调查，可以参加法庭辩论。为什么这个人没有上诉，或者检察院没有对他进行抗诉，二审与这个人没有关系了，为什么他还要接受法庭调查？因为需要他参加法庭调查，查清事实。那么为什么可以参加法庭辩论呢？因为法庭辩论往往是行使辩论权利的体现。在这个时候他放弃这个权利，可以不可以？可以。大家注意了，是可以参加法庭辩论的。但是你能不能说参加法庭调查就只是这个被告人的义务？不能。参加法庭调查，既是这个人的义务，也是他的权利。法庭辩论是他的权利，法庭调查既是他的权利也是他的义务。

五、自诉案件的二审

自诉案件对方在二审当中提出反诉的，调解不调解？不能调解。只能告诉他另行起诉。如果是附带民事诉讼，在二审当中提出反诉怎么办？可以调解，调解不成，告诉他另行起诉。包括增加独立的诉讼请求。那么请问大家，附带民事诉讼当中仅仅是增加一个赔偿数额，可以不可以调解？可以调解。调解不成呢？二审法院直接作出裁判。

六、附带民事诉讼的二审、再审

（一）第一审刑事或民事部分生效的问题（《刑诉法解释》第250条）

《刑诉法解释》

第二百五十条 附带民事诉讼案件，只有附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人提出上诉的，第一审刑事部分的判决，在上诉期满后即发生法律效力。

应当送监执行的第一审刑事被告人是第二审附带民事诉讼被告人的，在第二审附带民事诉讼案件审结前，可以暂缓送监执行。

在讲这个问题之前，我们要搞清楚这样几个小的问题，就是说，刑事附带民事案

件，是几个案件？是一个案件还是两个案件？两个案件。一个是什么？刑事。一个是什么？民事。被告人仅仅是在刑事上诉的，是不是又有他的民事部分也必上诉？不是。被告人对民事部分上诉，是不是他的刑事部分也必然上诉？不是的。因为这是几个案件？两个案件，它们是分开的，一个上诉，不影响另一个生效。

（二）全案审查（《刑诉法解释》第249条）

《刑诉法解释》

第二百四十九条 审理附带民事诉讼的上诉、抗诉案件，应当对全案进行审查。如果第一审判决的刑事部分并无不当，第二审人民法院只需就附带民事诉讼部分作出处理。如果第一审判决附带民事部分事实清楚，适用法律正确的，应当以刑事附带民事裁定维持原判，驳回上诉、抗诉。

二审法院在审刑的时候，审不审民？二审法院在审民的时候，审不审刑？都审。有一个什么原则？全面审查。这个道理要记住。问题出现了，刑事案件的正确处理是不是以查清民事部分为前提？不是的。但是民事案件的正确处理，是不是以查清刑事部分为前提？是。把这两个理解了以后，两个法律关系全面审查，刑事正确处理跟民事没关系，但是民事正确处理跟刑事有关系。

（三）审理的程序（《刑诉法解释》第261、262条）

《刑诉法解释》

第二百六十一条 第二审人民法院审理对刑事部分提出上诉、抗诉，附带民事诉讼部分已经发生法律效力的案件，如果发现第一审判决或者裁定中的民事部分确有错误，应当对民事部分按照审判监督程序予以纠正。

第二百六十二条 第二审人民法院审理对附带民事诉讼部分提出上诉、抗诉，刑事部分已经发生法律效力的案件，如果发现第一审判决或者裁定中的刑事部分确有错误，应当对刑事部分按照审判监督程序进行再审，并将附带民事诉讼部分与刑事部分一并审理。

我们看最高法司法解释的第261、262条。第二审人民法院审理对刑事部分进行上诉抗诉，附带民事诉讼部分已经发生法律效力的案件，如果一审判决后发现民事案件部分错误，对民事案件有什么样的作用？审判监督作用。找一下第262条和第261条有一个什么区别，第262条最后一句话并将附带民事诉讼部分与刑事诉讼部分一并审理。为什么？因为民事案件的正确处理必须以正确地处理刑事部分为前提。刑事案件错了，民事诉讼部分肯定错了。

第七节　二审的审理结果与期限

《刑事诉讼法》

第一百八十九条　第二审人民法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件，经过审理后，应当按照下列情形分别处理：

（一）原判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回上诉或者抗诉，维持原判；

（二）原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判；

（三）原判决事实不清楚或者证据不足的，可以在查清事实后改判；也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。

《刑诉法解释》

第二百四十八条　共同犯罪案件，如果提出上诉的被告人死亡，其他被告人没有提出上诉，第二审人民法院仍应当对全案进行审查。死亡的被告人不构成犯罪的，应当宣告无罪；审查后认为构成犯罪的，应当宣布终止审理。对其他同案被告人仍应当作出判决或者裁定。

第二百四十九条　审理附带民事诉讼的上诉、抗诉案件，应当对全案进行审查。如果第一审判决的刑事部分并无不当，第二审人民法院只需就附带民事诉讼部分作出处理。如果第一审判决附带民事部分事实清楚，适用法律正确的，应当以刑事附带民事裁定维持原判，驳回上诉、抗诉。

第二百六十条　第二审人民法院审理刑事附带民事上诉、抗诉案件，如果发现刑事和附带民事部分均有错误需依法改判的，应当一并改判。

《刑事诉讼法》

第一百九十六条　第二审人民法院受理上诉、抗诉案件，应当在一个月以内审结，至迟不得超过一个半月。有本法第一百二十六条规定情形之一的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者是决定，可以再延长一个月，但是最高人民法院受理的上诉、抗诉案件，由最高人民法院决定。

一、二审的审理结果

二审的审理结果是重点，有以下三种审理结果：

（一）适用的法律准确、量刑得当的，应该维持原判。一句话是原审裁判是正确的。维持原判使用什么？裁定。

（二）改判

如果事实清楚，证据充分，适用法律准确，只是量刑错误。这个时候有没有必要发回重审？没有必要，应当改判。这是一种情况。还有一种情况，就是事实不清，证据不足，二审法院可以在什么条件下改判？查清事实的基础上改判。一个是量刑不当，第二个证据不足。在查明事实的基础上改判。发回重审也有两种情况。一个是可以发回重审。一个是应当发回重审。这个应该记住。在什么情况下可以发回重审？事实不清，证据不足。事实不清、证据不足可以发回重审，也可以在查清事实的基础上改判。在什么情况应当发回重审呢？程序违法，还是程序严重违法？程序严重违法可能影响公正处理的。什么意思？应当公开审理，但没有公开。应当回避但没有回避，剥夺或者是限制当事人的法定权利，这是严重的情况。注意了，这个是经常考的，而且还是比较基础的。这个要记。程序当中的违反公开审案的，违反回避的。请问哪些案件可以不公开？只有几个案件可以不公开？国家秘密、个人隐私、未成年。还有哪一种？当事人申请的，确属商业秘密。是可以还是应当？应当。对于审判组织的组成，我再讲一遍，再强化一遍。一审几个层次？两个层次。基层和中级。都是3人。高级，最高3~7人。二审是3~5人。死刑复核是3人。

二、二审的审理期限

二审的期限与一审相同，一审是几个月？1个月，延长半个月，再延长1个月。经过哪个批？省高院批。审查起诉的期限几个月？1个月。延长多少？半个月。

第八节　对扣押、冻结在案财物的处理

《刑事诉讼法》

第一百九十八条　公安机关、人民检察院和人民法院对于扣押、冻结犯罪嫌疑人、被告人的财物及其孳息，应当妥善保管，以供核查。任何单位和个人不得挪用或者自行处理。对被害人的合法财产，应当及时返还。对违禁品或者不宜长期保存的物品，应当依照国家有关规定处理。

对作为证据使用的实物应当随案移送，对不宜移送的，应当将其清单、照片或者其他证明文件随案移送。

人民法院作出的判决生效以后，对被扣押、冻结的赃款赃物及其孳息，除依法返还被害人的以外，一律没收，上缴国库。

司法工作人员贪污、挪用或者私自处理被扣押、冻结的赃款赃物及其孳息的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，给予处分。

《刑诉法解释》

第二百八十八条　人民法院对于扣押、冻结在案的被告人的财物及其孳息，应当妥



善保管，以供核查。任何单位和个人不得挪用或者自行处理。

依法扣押的货币、有价证券，应当登记写明货币、有价证券的名称、数额、面额，货币应当存入银行专户，并登记银行存款凭证的名称、内容，入卷备查。

依法扣押的物品，应当登记写明物品名称、型号、规格、数量、重量、质量、成色、纯度、颜色、新旧程度、缺损特征和来源等，入卷备查。

依法扣押的文物、金银、珠宝、名贵字画等以及违禁品，应当及时鉴定。对扣押的物品应当及时依照有关规定作价。

第二百九十一条 下列不宜移送的实物，人民法院受理案件时，应当审查是否附有相关证据材料；需要鉴定（包括估价）的，应当附有鉴定结论：

（一）大宗的、不便搬运的物品，由扣押机关开列清单，并附原物照片和封存手续，注明存放地点；

（二）易腐烂、霉变和不易保管的物品，扣押机关变卖处理后，随案移送原物照片、清单、变价处理的凭证（复印件）；

（三）违禁品、枪支弹药、易燃易爆物品、剧毒物品以及其他危险品，扣押机关依照国家有关规定处理后，随案移送原物照片和清单。

对于查封、扣押的货币、有价证券等依法不移送的，人民法院受理案件时，应当审查是否附有原物照片、清单或者其他证明文件。

第二百九十三条 对于查封、扣押的赃款、赃物依法不移送的，人民法院作出的判决生效后，由原审的人民法院通知查封、扣押机关上缴国库，同时将通知及判决书送达有关财政机关。查封、扣押机关应当在接到执行通知书后十五日内向人民法院送交执行回单。

第二百九十四条 对于人民法院扣押、冻结的赃款、赃物及其孳息，人民法院作出的判决生效后，由原审人民法院依照生效的法律文书进行处理。除依法返还被害人的以外，应当一律没收，上缴国库。法律另有规定的除外。

对人民检察院、公安机关因犯罪嫌疑人死亡，申请人民法院裁定通知冻结犯罪嫌疑人存款、汇款等的金融机构，将该犯罪嫌疑人的存款、汇款等上缴国库或者返还被害人的案件，人民法院应当经过阅卷、审查有关证据材料后作出裁定。

《六机关规定》

48. 对于赃款赃物，除依法返还被害人的财物以及依法销毁的违禁品外，必须一律上缴国库。任何单位和个人都不得挪用或者私自处理。关于赃款赃物的处理，应当按照刑事诉讼法第一百九十八条的规定执行，并应当根据不同情况作以下处理：

（一）对作为证据使用的实物，应当依法随案移送。对不宜移送的，应当将其清单、照片或者其他证明文件随案移送，不得以未移送赃款赃物为由，拒绝受理案件。

（二）侦查机关冻结在金融机构的赃款，应当向人民法院随案移送该金融机构出具的证明文件，待人民法院作出生效判决后，由人民法院通知该金融机构上缴国库，该金融机构应当向人民法院送交执行回单。

（三）查封、扣押的赃款赃物，对依法不移送的，应当随案移送证据清单、照片或

者其他证明文件，待人民法院作出生效判决后，由人民法院通知查封、扣押机关上缴国库，查封、扣押机关应当向人民法院送交执行回单。

对扣押、冻结在案财物的处理，属于比较偏的知识点，由于2007年考到一道多选题，大家也不能忽视，了解以上法条即可。

第九节 在法定刑以下判处刑罚的核准程序

《刑诉法解释》

第二百六十八条 根据刑法第六十三条第二款规定报请最高人民法院核准在法定刑以下判处刑罚的案件，按下列情形分别处理：

（一）被告人不提出上诉、人民检察院不提出抗诉的，在上诉、抗诉期满后三日内报请上一级人民法院复核。上一级人民法院同意原判的，应当逐级报请最高人民法院核准；上一级人民法院不同意原判的，应当裁定发回重新审判或者改变管辖，按照第一审程序重新审理。原判是由基层人民法院作出的，高级人民法院可以指定中级人民法院按照第一审程序重新审理；

（二）被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉的案件，应当按照第二审程序审理。上诉或者抗诉无理的，应当裁定驳回上诉或者抗诉，维持原判，并按照本条第（一）项规定的程序逐级报请最高人民法院核准。上诉或者抗诉有理的，应当依法改判。改判后仍判决在法定刑以下处以刑罚的，按照本条第（一）项规定的程序逐级报请最高人民法院核准。

第二百七十条 最高人民法院复核在法定刑以下判处刑罚的案件，予以核准的，作出核准裁定书；不予核准的，应当撤销原判决、裁定，发回原审人民法院重新审判或者指定其他下级人民法院重新审判。

一、层层上报，到最高人民法院

在法定刑以下判处刑罚的，这个程序非常严格。只有哪一个决定？最高人民法院。要层层上报一直报到最高人民法院。

二、最高法院的处理结果

最高人民法院同意的，核准；如果不同意的，发回重审或者是指定其他的法院重审。

第十七章　死刑复核程序

第一节　死刑立即执行案件的核准权（收归问题）

《刑事诉讼法》

第一百九十九条　死刑由最高人民法院核准。

死刑立即执行案件的核准权：

（1）最高人民判决死刑案件；

（2）其他的一律上报最高人民法院核准。

第二节　死刑立即执行案件的报请程序

《刑事诉讼法》

第二百条　中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉的，应当由高级人民法院复核后，报请最高人民法院核准。高级人民法院不同意判处死刑的，可以提审或者发回重新审判。

高级人民法院判处死刑的第一审案件被告人不上诉的，和判处死刑的第二审案件，都应当报请最高人民法院核准。

《刑诉法解释》

第二百七十四条　死刑由最高人民法院核准，但依法授权高级人民法院核准的除外。

因人民检察院提出抗诉而由人民法院按照第二审程序改判死刑的案件，应当报请最高人民法院核准。

第二百七十五条　报请最高人民法院核准的死刑案件，按照下列情形分别处理：

（一）中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后三日内报请高级人民法院复核。高级人民法院同意判处死刑的，应当依法作出裁定后，报请最高人民法院核准；不同意判处死刑的，应当提审或者发回重新审判；

（二）中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人提出上诉或者人民检察院提出

抗诉，高级人民法院终审裁定维持死刑判决的，报请最高人民法院核准；

（三）高级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后三日内报请最高人民法院核准；

（四）依法应当由最高人民法院核准的死刑案件，判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪，查证属实，应当执行死刑的，由高级人民法院报请最高人民法院核准。

最高人民法院关于报送按照审判监督程序改判死刑被告人在死缓考验期内故意犯罪应当执行死刑的复核案件的通知[1]

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百零六条、第二百条，《中华人民共和国刑法》第五十条的规定，今后凡是按照审判监督程序改判被告人死刑，被告人在死缓考验期内故意犯罪应当执行死刑的死刑复核案件，一律报送最高人民法院核准。

一、最高人民法院判决死刑案件

最高人民法院如果判决死刑的案件，要不要复核？不需要。因为它立即发生法律效力。如果真的有错误，只能通过什么途径诉讼？再审诉讼。最高检可以抗诉，或者最高法自己提起再审。其他的死刑立即执行案件一律上报最高人民法院核准。

二、死刑案件报请程序

（1）不上诉或抗诉的，层层上报。中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉期满后3日内报请高级人民法院复核。高级人民法院同意判处死刑的，应当依法作出裁定后，报请最高人民法院核准；不同意判处死刑的，应当提审或者发回重新审判。

首先，死刑案件至少是哪一级法院判的？中级。如果是中级人民法院判的，被告人不上诉，检察机关不抗诉，而死刑复核，必须是哪一个？最高法院。那中间还有哪一个？高级。请问，这个时候要不要经过高级？要。要层层上报。注意了，在刑事诉讼当中，能不能越级？不能越级。要层层上报。中级人民法院判处死刑的一审案件，被告人不上诉、检察院不抗诉的，在上诉期满后的3天，报请高级人民法院。高级人民法院同意的，报请最高人民法院。如果不同意的，应当提审或者是发回重新审判。提审是几审？二审。发回重审的？一审，原人民法院。

（2）中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉。高级人民法院终审裁定维持死刑判决的，报请最高人民法院核准。

（3）高级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后3日内报请最高人民法院核准。

---

[1] 《最高人民法院关于报送按照审判监督程序改判死刑被告在死缓考验期内故意犯罪应当执行死刑的复核案件的通知》，2003年11月26日通过，2003年12月4日颁布实施。

高级人民法院一审判处死刑的，被告人不上诉，检察院不抗诉，那么要上报最高人民法院。如果被高级人民法院判处死刑的一审案件，被告人上诉、抗诉怎么办？那就直接报最高人民法院。最高人民法院不提审，直接发回重审。

第三节　死刑立即执行案件的复核程序

《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》[1]

第一条　最高人民法院复核死刑案件，应当作出核准的裁定、判决，或者作出不予核准的裁定。

第二条　原判认定事实和适用法律正确、量刑适当、诉讼程序合法的，裁定予以核准。

原判判处被告人死刑并无不当，但具体认定的某一事实或者引用的法律条款等不完全准确、规范的，可以在纠正后作出核准死刑的判决或者裁定。

第三条　最高人民法院复核后认为原判认定事实不清、证据不足的，裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判。

第四条　最高人民法院复核后认为原判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判。

第五条　最高人民法院复核后认为原审人民法院违反法定诉讼程序，可能影响公正审判的，裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判。

第六条　数罪并罚案件，一人有两罪以上被判处死刑，最高人民法院复核后，认为其中部分犯罪的死刑裁判认定事实不清、证据不足的，对全案裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判；认为其中部分犯罪的死刑裁判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，可以改判并对其他应当判处死刑的犯罪作出核准死刑的判决。

第七条　一案中两名以上被告人被判处死刑，最高人民法院复核后，认为其中部分被告人的死刑裁判认定事实不清、证据不足的，对全案裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判；认为其中部分被告人的死刑裁判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，可以改判并对其他应当判处死刑的被告人作出核准死刑的判决。

第八条　最高人民法院裁定不予核准死刑的，根据案件具体情形可以发回第二审人民法院或者第一审人民法院重新审判。

高级人民法院依照复核程序审理后报请最高人民法院核准死刑的案件，最高人民法院裁定不予核准死刑，发回高级人民法院重新审判的，高级人民法院可以提审或者发回第一审人民法院重新审判。

第九条　发回第二审人民法院重新审判的案件，第二审人民法院可以直接改判；必

[1] 《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》，2007年1月22日最高人民法院审判委员会第1414次会议通过，自2007年2月28日起施行，法释［2007］4号。

须通过开庭审理查清事实、核实证据的，或者必须通过开庭审理纠正原审程序违法的，应当开庭审理。

第十条 发回第一审人民法院重新审判的案件，第一审人民法院应当开庭审理。

第十一条 依照本规定第三条、第五条、第六条、第七条发回重新审判的案件，原审人民法院应当另行组成合议庭进行审理。

第十二条 最高人民法院依照本规定核准或者不予核准死刑的，裁判文书应当引用相关法律和司法解释条文，并说明理由。

《刑事诉讼法》

第二百零二条 最高人民法院复核死刑案件，高级人民法院复核死刑缓期执行的案件，应当由审判员三人组成合议庭进行。

第一百八十九条 第二审人民法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件，经过审理后，应当按照下列情形分别处理：

（一）原判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回上诉或者抗诉，维持原判；

（二）原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判；

（三）原判决事实不清楚或者证据不足的，可以在查清事实后改判；也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。

《最高人民法院关于复核死刑案件若干规定》，是2007年2月28日生效，非常重要。

一、复核的审判组织——审判员三人

复核审判员几人？三人。陪审员能参加死刑复核吗？不能。

二、复核结果的一般情形

复核的结果，改变非常大，以前主要有三种，一个是裁定核准，一个是裁定不予核准，还有一个是改判。现在主要是两种，一个是裁定核准，一个是裁定不核准。现在改判基本上没有了。

（一）裁定核准：原审判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的

原审判决在法律正确、判决适当的情况下，肯定是裁定核准。但是大家注意了，小的瑕疵，原判，这个死刑判决合理，但是根据某一判决的事实，或者是某些法律条款不完全规范的，可以在纠正后核准。这个是小的瑕疵，如：死亡的具体原因有可能有差错，在这种情况下，这种小的瑕疵，仍然维持原判，因为最终的结果是死刑。

（二）裁定不予核准，并撤销原判，发回重审的情形

裁定不核准的，有几种情况：

1. 原审判决认定的事实错误或者证据不足的（事实错误）

原审判决的事实错误或者是证据不足，这个可以理解。

2. 原判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的（量刑错误）

与以前重大的变化就在这里。以前如果事实清楚、证据充分，但是量刑重了，可以改判。但是现在这个改判只能由哪个改？发回到二审法院。或者是一审法院。这种情况下，二审法院如果发现事实清楚、证据充分，但是量刑错误，怎么办？改判。但是最高人民法院改不改？不改，发回重审，这一点非常重要。注意，与二审不一样，二审中若是发现量刑错误是应当改判的。

3. 发现第一审人民法院或者第二审人民法院违反法律规定的诉讼程序，可能影响正确判决的（程序错误）

发现一审法院或者是二审法院作出错误判决的，裁判违反法定程序，不改判，裁定不核准，发回重审。这是以上三种情况，注意，复核的结果只有两种情况——裁定核准、裁定不核准，没有改判。

三、复核结果的特殊情形

复核结果的特殊情形，有两种：数罪并罚、共同犯罪。

（一）数罪并罚案件两罪以上判处死刑

数罪并罚案件，两个以上判处死刑的，就是两个都是什么罪？死罪。

1. 其中部分犯罪的死刑裁判认定事实不清、证据不足的，对全案裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判（事实错误）

2. 其中部分犯罪的死刑裁判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，可以改判并对其他应当判处死刑的犯罪作出核准死刑的判决（量刑错误）

其中部分犯罪的死刑裁判认定事实正确，但是依法不应当判处死刑的。这是什么错误？量刑错误，可以改判，并对其他应当判处死刑的犯罪作出核准的判决。这个是数罪并罚存在改判，但是改判的情况非常特殊。

（二）两名以上被告人被判处死刑

1. 其中部分被告人的死刑裁判认定事实不清、证据不足的，对全案裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判（事实错误）

其中部分被告人的死刑裁判，因证据不足，并且发回重审。什么意思？只要是证据不足就应当发回重审。

2. 其中部分被告人的死刑裁判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，可以改判并对其他应当判处死刑的被告人作出核准死刑的判决（量刑错误）

其中部分被告人的死刑裁判认定事实清楚，但是依法不应当判处死刑的，可以改判。什么错误？量刑错误，案件可以改判，并对其他应当判处死刑的被告人作出核准死刑的判决。为什么在共同犯罪，或者是数罪并罚的情况下，如果另外一些人，或者另外一些罪需要改判，其他一些人或者是一些罪不作出改判？因为这个时候如果部分被告人改判，发回重审的话，还有一个被告人是被判死刑。发回去之后，肯定还有人被判死刑，最终还是要报到最高人民法院。这样时间一改，有没有第二次期限了？没有。这个

以前做法也一样，前面只有一个罪，如果需要改判，发回去了，那肯定是下一级人民法院从死刑改到其他刑罚，或者是再报到最高人民法院。基本上就是这样的，最高人民法院顺着思路减轻自己的负担。

四、发回重审后的处理——发回二审或一审法院重审

如果是经过高院负责的案件，要发回高院重审。高院有两种做法，一种提审，还有一种是发回一审法院重审。提审是几审？二审。发回一审法院是几审？一审。

五、开庭和不开庭

这个要注意一下，这个是新规定的，不要和前面的混淆。发回二审的案件，事实清楚、证据充分的，发回改判的案件，可以不开庭审理；必须通过开庭审理查清事实、核实证据的，或者必须通过开庭审理纠正原审程序违法的，应当开庭审理。

如果发回一审的案件，应当开庭审理。因为是几审？一审。

第四节　死缓的复核

《刑事诉讼法》

第二百零一条　中级人民法院判处死刑缓期二年执行的案件，由高级人民法院核准。

《刑诉法解释》

第二百七十八条　中级人民法院判处死刑缓期二年执行的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，应当报请高级人民法院核准。

高级人民法院对于报请核准的死刑缓期二年执行的案件，按照下列情形分别处理：

（一）同意判处死刑缓期二年执行的，应当裁定予以核准；

（二）认为原判事实不清、证据不足的，应当裁定发回重新审判；

（三）认为原判量刑过重的，应当依法改判。

高级人民法院核准死刑缓期二年执行的案件，不得以提高审级等方式加重被告人的刑罚。

《六机关规定》

47. 高级人民法院核准死刑缓期二年执行的案件，应当作出核准或者不核准的决定，不能加重被告人的刑罚。

一、死缓案件的审查

死缓案件一般由哪个级别复核？高级。但是最高人民法院判决的死缓这个案件要不

要报高级？不要。还有高级人民法院自己判的，要不要报高级人民法院？不需要了。

二、死缓案件的报请和复核程序

（1）中级人民法院判决死缓，一审案件被告人不上诉、检察机关不抗诉，要自动上报高级人民法院，不上诉也要自动上报。

（2）高级人民法院负责死缓的事务，应当由审判员三人组成。

（3）必须提审被告人。

（4）高级人民法院对于死缓案件按照下列情形分别处理。

①同意判决死缓的，应当裁定核准。

②事实不清、证据不足的，应当发回重审，注意与二审处理结果不同。二审的时候发现事实不清，可以发回重审，也可以在查清楚事实的基础上改判。

③死缓复核不加刑。认为原判过重的，应当依法改判。也就是说可以把死缓改为有期徒刑。但是能不能说在死缓复核的时候，应当判处死刑，不杀不足以平民愤？在这个时候能不能不按照法律随意判刑？不能。为什么要依据法律规定？死缓，包括死刑，它的合理程序的设置目的，是有利于被告人还是被害人？有利于被告人，防止死刑的滥用。它是有利于被告人的，如果在死缓执行期间，发现应当判死刑立即执行的，在审判期间，也只能维持原判。但是真的要杀，有没有办法？有。启动审判监督程序。

第十八章　审判监督程序

第一节　有权提起再审程序的主体

《刑事诉讼法》

第二百零三条　当事人及其法定代理人、近亲属，对已经发生法律效力的判决、裁定，可以向人民法院或者人民检察院提出申诉，但是不能停止判决、裁定的执行。

第二百零五条　各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现在认定事实上或者在适用法律上确有错误，必须提交审判委员会处理。

最高人民法院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，有权提审或者指令下级人民法院再审。

最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，有权按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。

人民检察院抗诉的案件，接受抗诉的人民法院应当组成合议庭重新审理，对于原判决事实不清楚或者证据不足的，可以指令下级人民法院再审。

有权提起再审程序的主体，只有两类，一类是法院，一类是检察院。那么对于当事人，包括当事人的近亲属，包括法定代理人，他们有没有权利提起再审？没有。他们是什么主体？申诉主体。申诉是不是必然引起再审程序？不是的。这个要搞清楚，申诉不是必然引起再审程序。所以有权提起再审程序的主体只有两个，一个是法院，一个是检察院。那么是不是所有法院、检察院都有权利提起再审程序？不是。

我们做几个题目。某中级人民法院作了一审判决。被告人没有上诉人民检察院没有抗诉，过了上诉、抗诉期限之后，这个判决生效了。生效之后，请问，下列有权提起再审的主体是：A. 此中级人民法院；B. 高级人民法院；C. 此中院的同级人民检察院；D. 省检察院。A，此中级人民法院。可以不可以？可以。第二个，省高院？可以不可以？可以。C，此中院的同级人民检察院，市检察院，可以不可以？不可以。大家注意了，同级人民检察院提起的抗诉叫什么抗诉？二审抗诉。而这个抗诉叫什么抗诉？再审抗诉。再审抗诉只能哪个地方提起？上级。D，省检察院，当然有权提起。只有一个同级人民检察院可以提起，哪一个？最高人民检察院，只有这个是同级的，也就是针对最高法院生效裁判。

一、各级人民法院院长和审判委员会

对于每一个人民法院，对于自己所作出的生效裁判，如果要提起再审的，必须由院长提交再审的法律依据，并由各级人民法院院长提交审判委员会决定。

二、最高人民法院和其他上级人民法院

最高人民法院和其他上级人民法院可以提起，因为我们知道法院上下级是什么关系？监督关系。

三、最高人民检察院和其他上级人民检察院

最高人民检察院和上级人民检察院可以提起。也就是一般的情况下，同级人民检察院能不能提起再审上诉？不能。大家注意了，同级人民检察院只能提起二审抗诉，除了最高人民检察院。

第二节　审判监督程序的启动程序

《刑诉法解释》

第三百零四条　各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现在认定事实或者适用法律上确有错误，经提交审判委员会讨论决定再审的案件，应当另行组成合议庭进行再审。

第三百零五条　最高人民法院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，可以指令下级人民法院再审；对于原判决、裁定认定事实正确，但是在适用法律上有错误，或者案情疑难、复杂、重大的，或者有其他不宜由原审人民法院审理的情况的案件，也可以提审。

第三百零六条　最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉的案件，接受抗诉的人民法院应当组成合议庭重新审理；对于原判决事实不清或者证据不足的，可以指令下级人民法院再审，并将指令再审的决定书抄送抗诉的人民检察院。

《最高人民法院关于规范人民法院再审立案的若干意见（试行）》[1]

第七条　对终审刑事裁判的申诉，具备下列情形之一的，人民法院应当决定再审：

[1] 《最高人民法院关于规范人民法院再审立案的若干意见（试行）》，2002年9月10日起施行，法发［2002］13号。

（一）有审判时未收集到的或者未被采信的证据，可能推翻原定罪量刑的；
（二）主要证据不充分或者不具有证明力的；
（三）原裁判的主要事实依据被依法变更或撤销的；
（四）据以定罪量刑的主要证据自相矛盾的；
（五）引用法律条文错误或者违反刑法第十二条的规定适用失效法律的；
（六）违反法律关于溯及力规定的；
（七）量刑明显不当的；
（八）审判程序不合法，影响案件公正裁判的；
（九）审判人员在审理案件时索贿受贿、徇私舞弊并导致枉法裁判的。

第十条 人民法院对刑事案件的申诉人在刑罚执行完毕后两年内提出的申诉，应当受理；超过两年提出申诉，具有下列情形之一的，应当受理：
（一）可能对原审被告人宣告无罪的；
（二）原审被告人在本条规定的期限内向人民法院提出申诉，人民法院未受理的；
（三）属于疑难、复杂、重大案件的。

不符合前款规定的，人民法院不予受理。

第十一条 人民法院对刑事附带民事案件中仅就民事部分提出申诉的，一般不予再审立案。但有证据证明民事部分明显失当且原审被告人有赔偿能力的除外。

第十五条 上级人民法院对经终审法院的上一级人民法院依照审判监督程序审理后维持原判或者经两级人民法院依照审判监督程序复查均驳回的申请再审或申诉案件，一般不予受理。

但再审申请人或申诉人提出新的理由，且符合《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百零四条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十九条、《中华人民共和国行政诉讼法》第六十二条及本规定第七、八、九条规定条件的，以及刑事案件的原审被告人可能被宣告无罪的除外。

第十六条 最高人民法院再审裁判或者复查驳回的案件，再审申请人或申诉人仍不服提出再审申请或申诉的，不予受理。

一、启动审判程序的理由

原生效裁判确有错误。这个错误主要是实体错误。

二、检察院按照审判监督程序的抗诉

再审抗诉与二审抗诉不同，这个点一下就行了。

第三节　当事人的申诉

《刑事诉讼法》

第二百零四条　当事人及其法定代理人、近亲属的申诉符合下列情形之一的，人民法院应当重新审判：

（一）有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误的；

（二）据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的；

（三）原判决、裁定适用法律确有错误的；

（四）审判人员在审理该案件的时候，有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

《刑诉法解释》

第三百零二条　人民法院受理申诉后，应当在三个月内作出决定，至迟不得超过六个月。经审查，认为有刑事诉讼法第二百零四条规定的情形之一的，由院长提请审判委员会决定重新审判；对不符合刑事诉讼法第二百零四条规定的申诉，应当说服申诉人撤回申诉；对仍然坚持申诉的，应当书面通知驳回。

第三百零三条　申诉人对驳回申诉不服的，可以向上一级人民法院申诉。上一级人民法院经审查认为申诉不符合刑事诉讼法第二百零四条规定的，应当予以驳回。经两级人民法院处理后又提出申诉的，如果没有新的充分理由，人民法院可以不再受理。

一、申诉的主体（当事人及其法定代理人、近亲属）

刑诉法修改之后，申诉的主体范围缩小了，也就仅限于当事人及其法定代理人和近亲属。一般的亲朋好友能不能提起申诉？不能。现在我们回顾一下，申请回避的主体有哪些？当事人和法定代理人。有权申请取保候审的主体？当事人。被害人是不是当事人？是的。被害人也能提起取保候审，犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人，再加上律师辩护人。

二、申诉的对象（生效的判决、裁定）

申诉的对象，生效判决和裁定。

三、申诉的理由

申诉的理由主要是实体，也就是说生效的裁判确有错误，但是有一个程序，就是审判员贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判。



四、申诉的效力

申诉是否必然引起效力？不一定。

五、申诉的时间

申诉的时间是2年。是裁判生效后的2年，还是生效裁判执行完毕后的两年？注意了，这个时间不一样。

我举个非常简单的例子。某一个人判处有期徒刑5年，如果这个人的生效裁判是2001年作出来的，那么他申诉的时间截止到哪一年？2001年生效了，生效的裁判作出来了，判处被告人5年有期徒刑，那么被告人申诉截止日期是零几年？零八年。应该是生效裁判执行完毕后的2年以内。不是生效后的2年，是一直到裁判执行完毕后的2年。

六、人民法院对申诉的处理

申诉原则上向哪一级人民法院申诉？是向作出生效裁判的法院申诉，还是向作出生效裁判的上级人民法院申诉？向作出生效裁判的法院申诉。那么，我申诉了，作出生效裁判的法院驳回了我的申诉，能不能再申诉？能再申诉。申诉到哪申诉？上级人民法院。上级人民法院又驳回了，我说我再申诉，向最高人民法院申诉，可不可以？大家注意了，申诉包括几级申诉？两级。如果再申诉，当然是可以，只能按照什么？来信。有没有效力？没有。

第四节　再审审理的程序



《刑事诉讼法》

第二百零六条　人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当另行组成合议庭进行。如果原来是第一审案件，应当依照第一审程序进行审判，所作的判决、裁定，可以上诉、抗诉；如果原来是第二审案件，或者是上级人民法院提审的案件，应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

《刑诉法解释》

第三百零九条　人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，如果原来是第一审案件，应当依照第一审程序进行审判，所作的判决、裁定，可以上诉、抗诉；如果原来是第二审案件，或者是上级人民法院提审的案件，应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

第三百一十条　按照审判监督程序进行再审的刑事自诉案件，应当依法作出判决、裁定；附带民事部分可以调解结案。

第三百一十二条 再审案件经过重新审理后，应当按照下列情形分别处理：

（一）原判决、裁定认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回申诉或者抗诉；

（二）原判决、裁定认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判。

按照第二审程序审理的案件，认为必须判处被告人死刑立即执行的，直接改判后，应当报请最高人民法院核准；

（三）应当对被告人实行数罪并罚的案件，原判决、裁定没有分别定罪量刑的，应当撤销原判决、裁定，重新定罪量刑，并决定执行的刑罚；

（四）按照第二审程序审理的案件，原判决、裁定认定事实不清或者证据不足的，可以在查清事实后改判，也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。

原判决、裁定认定事实不清，证据不足，经再审仍无法查清，证据不足，不能认定原审被告人有罪的，应当参照本解释第一百七十六条第（四）项规定，判决宣告被告人无罪。

《刑事诉讼法》

第二百零七条 人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当在作出提审、再审决定之日起三个月以内审结，需要延长期限的，不得超过六个月。

接受抗诉的人民法院按照审判监督程序审判抗诉的案件，审理期限适用前款规定；对需要指令下级人民法院再审的，应当自接受抗诉之日起一个月以内作出决定，下级人民法院审理案件的期限适用前款规定。

《最高人民法院关于刑事再审案件开庭审理程序的具体规定》●

第四条 参与过本案第一审、第二审、复核程序审判的合议庭组成人员，不得参与本案的再审程序的审判。

第五条 人民法院审理下列再审案件，应当依法开庭审理：

（一）依照第一审程序审理的；

（二）依照第二审程序需要对事实或者证据进行审理的；

（三）人民检察院按照审判监督程序提出抗诉的；

（四）可能对原审被告人（原审上诉人）加重刑罚的；

（五）有其他应当开庭审理情形的。

第六条 下列再审案件可以不开庭审理：

（一）原判决、裁定认定事实清楚，证据确实、充分，但适用法律错误，量刑畸重的；

（二）1979年《中华人民共和国刑事诉讼法》施行以前裁判的；

● 《最高人民法院关于刑事再审案件开庭审理程序的具体规定》，2001年10月18日最高人民法院审判委员会第1196次会议通过，法释［2001］31号。

（三）原审被告人（原审上诉人）、原审自诉人已经死亡、或者丧失刑事责任能力的；

（四）原审被告人（原审上诉人）在交通十分不便的边远地区监狱服刑，提押到庭确有困难的；但人民检察院提出抗诉的，人民法院应征得人民检察院的同意；

（五）人民法院按照审判监督程序决定再审，按本规定第九条第（四）项规定，经两次通知，人民检察院不派员出庭的。

第七条 人民法院审理共同犯罪再审案件，如果人民法院再审决定书或者人民检察院抗诉书只对部分同案原审被告人（同案原审上诉人）提起再审，其他未涉及的同案原审被告人（同案原审上诉人）不出庭不影响案件审理的，可以不出庭参与诉讼；

部分同案原审被告人（同案原审上诉人）具有本规定第六条第（三）、（四）项规定情形不能出庭的，不影响案件的开庭审理。

第八条 除人民检察院抗诉的以外，再审一般不得加重原审被告人（原审上诉人）的刑罚。

根据本规定第六条第（二）、（三）、（四）、（五）、（六）项、第七条的规定，不具备开庭条件可以不开庭审理的，或者可以不出庭参加诉讼的，不得加重未出庭原审被告人（原审上诉人）、同案原审被告人（同案原审上诉人）的刑罚。

第十条 人民法院审理人民检察院提出抗诉的再审案件，对人民检察院接到出庭通知后未出庭的，应当裁定按人民检察院撤回抗诉处理，并通知诉讼参与人。

第二十五条 人民法院审理再审案件，应当在作出再审决定之日起三个月内审结。需要延长期限的，经本院院长批准，可以延长三个月。

自接到阅卷通知后的第二日起，人民检察院查阅案卷超过七日后的期限，不计入再审审理期限。

我先讲一下，大家先听一下，听清楚就比较简单了。再审审理程序有可能是一审程序，也有可能是二审程序，取决于什么程序？生效裁判是几审程序作出来的？如果生效裁判是二审作出来的，那么再审按照几审？二审。如果生效裁判是按照一审作出来的，再审按照几审程序审？一审。既然按照一审程序审，所作的判决、裁定能不能上诉？能。如果生效裁判是二审作出来的，所作的裁判能不能上诉？不能。它就是一个生效裁判。

一、开庭审理和不开庭审理的情形

要注意开庭和不开庭这类情况。只要掌握一个，哪些再审案件应当开庭？这个记一下。

第一个，按照一审程序审理的；

第二个，按照二审程序需要依事实和证据审理的，也就是查事查证据；

第三个，检察机关抗诉的；

第四个，可能加重原审被告人刑罚的；

第五个，其他。

二、不得加重的情形

除检察机关抗诉的案件以外，再审一般不得加重被告人刑罚。这个道理非常简单，因为检察机关行使抗诉权，所以往往不利于被告人。但是被告人自己申诉，能不能加重被告人刑罚？不能。包括法院应当也不能加重被告人刑罚。一般是再审不加刑。

三、审理程序

再审程序已经讲了，还有一审程序和二审程序刚才我也讲了。

四、期限：3 个月；不超过 6 个月

审理的期限，一般不超过 3 个月，最长不得超过 6 个月。

第四编
执　行

第十九章　执行程序

第一节　执行的依据

《刑事诉讼法》

第二百零八条　判决和裁定在发生法律效力后执行。

下列判决和裁定是发生法律效力的判决和裁定：

（一）已过法定期限没有上诉、抗诉的判决和裁定；

（二）终审的判决和裁定；

（三）最高人民法院核准的死刑的判决和高级人民法院核准的死刑缓期二年执行的判决。

《刑诉法解释》

第三百三十七条　判决和裁定在发生法律效力后执行。下列判决和裁定是发生法律效力的判决和裁定：

（一）已过法定期限没有上诉、抗诉的判决和裁定；

（二）终审的判决和裁定；

（三）高级人民法院核准的死刑缓期二年执行的判决、裁定和依据最高人民法院的授权核准死刑的判决和裁定；

（四）最高人民法院核准死刑的判决和裁定。

执行的依据是生效裁判。那么生效的裁判有哪些？

（1）已过法定期限没有上诉、抗诉的第一审判决和裁定；

（2）终审的判决和裁定，即中级、高级人民法院第二审的判决和裁定，以及最高人民法院第一审和第二审的判决和裁定；

（3）高级人民法院核准的死刑缓期二年执行的判决、裁定和最高人民法院核准的死刑判决和裁定；

（4）最高人民法院在法定刑以下处刑的判决和裁定，以及最高人民法院核准的因特殊情况不受执行刑期限制的假释的裁定。

第二节 执行的主体

《刑事诉讼法》

第二百一十三条 罪犯被交付执行刑罚的时候，应当由交付执行的人民法院将有关的法律文书送达监狱或者其他执行机关。

对于被判处死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯，由公安机关依法将该罪犯送交监狱执行刑罚。对于被判处有期徒刑的罪犯，在被交付执行刑罚前，剩余刑期在一年以下的，由看守所代为执行。对于被判处拘役的罪犯，由公安机关执行。

对未成年犯应当在未成年犯管教所执行刑罚。

执行机关应当将罪犯及时收押，并且通知罪犯家属。

判处有期徒刑、拘役的罪犯，执行期满，应当由执行机关发给释放证明书。

执行的主体，人民法院对什么刑罚执行？一个是死刑立即执行。是不是法院判处死刑立即执行，法官拿枪执行？不是这个。这个执行并不代表法院亲自执行。法院的执行包括两个：第一个是死刑立即执行。第二个是财产执行。法院执行没收财产。无期徒刑和其他判处1年以上有期徒刑刑罚报什么机关？监狱，这个刑期是长还是短？相对比较长的。它的是由哪一级管呢？是司法机关。这个是无期徒刑。还有一个是需要大家记忆的，剩余的刑期，在1年以上的，由公安机关执行。这个人被判了有期徒刑1年半，他之前已经被关了7个月，还有几个月？11个月。所以在这种情况下，他仍然是由哪个机关执行？公安机关，把他放在看守所。还有缓刑、管制，都是由公安机关执行，我就不讲了。

第三节 死刑立即执行判决的执行

《刑事诉讼法》

第二百一十条 最高人民法院判处和核准的死刑立即执行的判决，应当由最高人民法院院长签发执行死刑的命令。

被判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，死刑缓期执行期满，应当予以减刑，由执行机关提出书面意见，报请高级人民法院裁定；如果故意犯罪，查证属实，应当执行死刑，由高级人民法院报请最高人民法院核准。

第二百一十一条 下级人民法院接到最高人民法院执行死刑的命令后，应当在七日以内交付执行。但是发现有下列情形之一的，应当停止执行，并且立即报告最高人民法院，由最高人民法院作出裁定：

（一）在执行前发现判决可能有错误的；

（二）在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的；

（三）罪犯正在怀孕。

前款第一项、第二项停止执行的原因消失后，必须报请最高人民法院院长再签发执行死刑的命令才能执行；由于前款第三项原因停止执行的，应当报请最高人民法院依法改判。

《刑诉法解释》

第三百四十二条 下级人民法院在接到执行死刑命令后，发现有下列情形之一的，应当停止执行，并立即报告核准死刑的人民法院，由核准死刑的人民法院作出裁定：

（一）在执行前发现裁判可能有错误的；

（二）在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的；

（三）罪犯正在怀孕的。

前款第（一）项、第（二）项规定停止执行的原因消失后，必须报请核准死刑的人民法院院长再签发执行死刑命令才能执行；由于前款第（三）项规定的原因停止执行的，应当报请核准死刑的人民法院依法改判。

第三百三十八条 最高人民法院判处和核准的死刑立即执行的判决、裁定，应当由最高人民法院院长签发执行死刑命令；最高人民法院授权高级人民法院核准的死刑立即执行的判决、裁定，应当由高级人民法院院长签发执行死刑命令。

《刑事诉讼法》

第二百一十二条 人民法院在交付执行死刑前，应当通知同级人民检察院派员临场监督。

死刑采用枪决或者注射等方法执行。

死刑可以在刑场或者指定的羁押场所内执行。

指挥执行的审判人员，对罪犯应当验明正身，讯问有无遗言、信札，然后交付执行人员执行死刑。在执行前，如果发现可能有错误，应当暂停执行，报请最高人民法院裁定。

执行死刑应当公布，不应示众。

执行死刑后，在场书记员应当写成笔录。交付执行的人民法院应当将执行死刑情况报告最高人民法院。

执行死刑后，交付执行的人民法院应当通知罪犯家属。

《刑诉法解释》

第三百四十五条 死刑采用枪决或者注射等方法执行。

采用注射方法执行死刑的，应当在指定的刑场或者羁押场所内执行。具体程序，依照有关规定。

采用枪决、注射以外的其他方法执行死刑的，应当事先报请最高人民法院批准。

一、决定执行死刑法院

决定执行死刑的是哪一个法院？最高人民法院。

二、执行的主体

哪一级人民法院执行的？原审人民法院。原审人民法院一般指一审法院，就是判死刑的法院，法条就不用记了，就记一个原审人民法院就行了。

三、停止执行

这个作为重点。在哪些情况下停止执行。

（一）可能有错误

罪犯有可能是什么？未成年人。

（二）揭发重大犯罪事实，或者有重大立功表现的

把“重大”两个字画一下。能不能说现在抓一个死囚犯，他把手一举说，我揭发一个重大案情，我的共犯抢劫500块钱。这个算不算重大？“重大”在刑法案件中有标准的，我记得是10年以上。具有重大立功表现。如果他有重大立功表现的，在量刑的时候怎么样？只有在自首加重大立功是应当。有没有揭发重大犯罪事实是由最高人民法院进行审查的。

（三）罪犯怀孕

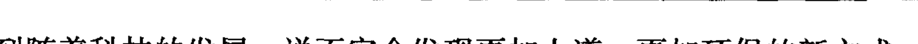
怀孕包括不包括流产？包括流产，包括自然流产、人工流产，都叫流产。请问大家，如果审判的时候，她流产了，到后来经过1年以后，能不能对这个罪犯执行死刑？不能。因为怀孕本身就不能被判死刑，能不能判死缓？不能。大家注意了，怀孕妇女包括流产的妇女不能判死刑，包括死缓。罪犯怀孕需要改判，由哪个法院改判？由最高人民法院改判，改判为无期，不是死缓。

四、涉及的具体程序

具体程序要明白两点，死囚犯要求见近亲属，近亲属要求见死囚犯，按照要求可以允许。按照最新的司法解释，是应当同意。执行的时候应当公布，但是不能示众。不能在他的脖子上挂一个牌子，不能在闹市区示众。这个叫侮辱人格。至于执行不要背，不会考的。

五、执行的场所和执行的方法

执行的场所是在什么地方？刑场或者是羁押的场所。刑场能不能设在闹市区？不能。说菜市场比较热闹，人比较多，起到威慑作用，这个不行的。执行的方法，几种？是两种加例外。一个是枪决，一个是注射。如果在这两种方式以外来执行死刑的，必须报哪个批？最高人民法院。到现在为止没有这两种以外的。那为什么有这样一个例外



呢？主要是考虑到随着科技的发展，说不定会发现更加人道、更加环保的新方式。

六、执行后的处理

遗物都要交给近亲属，但是说到器官，司法解释提到一点，器官问题不需要掌握，这个是非常敏感的话题。

第四节　死缓判决的执行

《刑诉法解释》

第三百三十九条　被判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪的，应当由人民检察院提起公诉，罪犯服刑地的中级人民法院依法审判，所作的判决可以上诉、抗诉。

认定构成故意犯罪的判决、裁定发生法律效力后，由作出生效判决、裁定的人民法院，依照本解释第二百七十五条第（四）项或者第二百七十七条的规定报请上级人民法院或者由本院核准犯罪分子死刑立即执行。上级人民法院或者本院核准后，交罪犯服刑地的中级人民法院执行死刑。

第三百四十条　死刑缓期二年执行期满应当减刑的，人民法院应当及时减刑。死刑缓期二年执行期满减为有期徒刑的，刑期自死刑缓期二年执行期满之日起计算。

一、死缓期间无故意犯罪的处理

被判处死刑缓期2年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，死刑缓期执行期满，应当予以减为无期，由执行机关提出书面意见，报请高级人民法院裁定。

二、死缓期间故意犯罪的处理

被判处死刑缓期2年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪的，立即执行。如果故意犯罪，查证属实，应当执行死刑，由高级人民法院报请最高人民法院核准。

死缓判决有几种？3种。第一种死缓期间故意犯罪的，改为死刑立即执行。第二种没有故意犯罪或者是过失的，2年考验期满以后，把它减无期。第三种重大立功的，把它改成多少年以上？15年以上。多少年以下？20年以下。3种情况。

第五节　无期徒刑、有期徒刑和拘役判决的执行

一、执行主体

有期徒刑、无期徒刑判处，其实有两个执行主体，一个是1年以上，由监狱执行。另一个是在1年以下。刑期在1年以下由公安机关执行。

二、收监执行决定书应当分别送达交付执行的公安机关和监狱

三、判决、裁定生效后，公安机关将罪犯交付执行，监狱不予收监的；对于犯有重病、传染病的犯人，监狱将罪犯退回公安机关，最后由法院决定是否执行

罪犯在判决没生效之前，在看守所，公安机关把这个人交给监狱，监狱是执行机关。进监狱的时候要不要对罪犯进行体检？要体检。体检的时候发现他有严重的传染病，把所有的犯人都传染怎么办？还有的犯人一进来就被抬着进来，还得找人照顾。在这种情况下，监狱自己能不能最终决定接受不接受？不能。监狱必须要说明理由。把这个犯罪暂退回公安机关。最后由哪个决定？法院。具体的程序大家了解一下就行了，先退还给公安机关，再由公安机关交付给法院决定。

四、判处有期徒刑、拘役的罪犯，执行期满，应当由执行机关发给释放证明书

判处罪犯执行期满，应当由执行机关办理出狱证明。只要是刑满释放的人，都要办出狱证明。刑期满之后，必须要办理证明。

第六节　缓刑的执行

《刑事诉讼法》

第二百一十七条　对于被判处徒刑缓刑的罪犯，由公安机关交所在单位或者基层组织予以考察。

对于被假释的罪犯，在假释考验期限内，由公安机关予以监督。

《刑诉法解释》

第三百五十六条　被宣告缓刑、假释的犯罪分子，在缓刑、假释考验期限内再犯新罪或者被发现判决宣告以前还有其他罪没有判决，应当撤销缓刑、假释的，由审判新罪的人民法院在审判新罪时，对原判决、裁定宣告的缓刑、假释予以撤销；如果原来是上级人民法院判决、裁定宣告缓刑、假释的，审判新罪的下级人民法院也可以撤销原判决、裁定宣告的缓刑、假释。审判新罪的人民法院对原审判决、裁定宣告的缓刑、假释撤销后，应当通知原宣告缓刑、假释的人民法院和执行机关。

第三百五十七条 被宣告缓刑、假释的犯罪分子，在缓刑、假释考验期限内违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑、假释的监督管理规定，应当依法撤销缓刑、假释的，原作出缓刑、假释裁判的人民法院应当自收到同级公安机关提出的撤销缓刑、假释建议书之日起一个月内依法作出裁定。

人民法院撤销缓刑、假释的裁定，一经作出，立即生效。

一、一审法院宣告缓刑的，应当变更强制措施，改为监视居住、取保候审

缓刑一般是哪一机关执行？公安机关执行。一审法院判处缓刑的，应当将收监改为取保候审。

二、缓刑、假释期间发现新罪、漏罪，撤销缓刑、假释（由审判新罪的法院宣布；下级法院可以撤销上级法院）

新罪，发生特殊管辖，服刑期间犯新罪的，是由服刑地管辖。漏罪由原法院裁判。在假释、缓刑期间发现新罪、漏罪，肯定是不符合缓刑、假释的条件，那么审判要把它撤销。问题出现了，这个缓刑、假释有可能是哪一级作出来的？上一级人民法院作出来的。在这个时候审判新罪可不可以撤销上级人民法院所作的缓刑、假释的判决决定？可以。这种情况非常特殊。

第七节 管制、剥夺政治权利的执行

《刑事诉讼法》

第二百一十八条 对于被判处管制、剥夺政治权利的罪犯，由公安机关执行。执行期满，应当由执行机关通知本人，并向有关群众公开宣布解除管制或者恢复政治权利。

管制、剥夺政治权利的执行就不讲了，是由公安机关执行。

第八节 罚金、没收财产的执行

《刑事诉讼法》

第二百一十九条 被判处罚金的罪犯，期满不缴纳的，人民法院应当强制缴纳；如果由于遭遇不能抗拒的灾祸缴纳确实有困难的，可以裁定减少或者免除。

第二百二十条 没收财产的判决，无论附加适用或者独立适用，都由人民法院执行；在必要的时候，可以会同公安机关执行。

一、执行主体

执行主体是哪一个？法院。

二、罚金的缴纳

罚金的缴纳。可以一次，也可以分次交。

三、罚款折抵罚金

行政机关对同一个犯罪事实所做的罚款，原来以为他只是违法，对他罚款3000元，到后来发现他不只是违法，已经到了犯罪的程度，法院给他判刑了，判刑的同时并处罚金5000元，行政机关用同一个犯罪事实取得的罚款，能不能折到这里？能。如果不能折抵的话，就导致一个什么后果？一事二罚。

四、异地财产执行

执行法院可以委托财产所在地的法院执行。财产所在地的法院执行后，可以直接上缴国库，而不返还执行法院。需要退还被害人的，财产所在地的法院需要转交给执行法院，退还被害人。

有的情况下，会发现执行法院与财产所在地不是一个地方，那么这个时候大家注意了，执行法院可以委托财产所在地的法院执行。那么财产所在地的法院执行以后，它把执行的财产怎么处理？是上缴国库，还是返还给委托法院？大家注意了，如果委托财产所在地的法院执行，财产所在地法院执行之后，它应该上缴国库，最终是属于国家的。但是如果需要返还，需要退还被害人的，因为有的财产是被害人的，需要退还给被害人的，这个时候财产所在地的法院执行完毕之后，转交给委托法院，由委托法院退还给被害人。

第九节　无罪判决和免除刑罚判决的执行

《刑事诉讼法》

第二百零九条　第一审人民法院判决被告人无罪、免除刑事处罚的，如果被告人在押，在宣判后应当立即释放。

无罪判决和免除刑罚判决执行。这个是由哪个执行的？法院。

第十节　死刑、死缓执行的变更

死刑、死缓执行的变更，刚才已经讲了，但是这个地方稍微注意一下，如果死缓的

执行，就是2年期满后，尚未裁定减刑前又犯新罪的，该如何处理？因为我们知道，死缓的考验期是2年，但是是不是2年一结束马上就有一个减刑的裁定书？不是，在2年执行完毕后，在减刑裁定书送达之前，有一个时间的空当，在这个期间，这个罪犯有可能要犯新罪。那么请问大家，如果这个时候他犯的新罪是故意犯罪，能不能把他定为死刑立即执行？不能。这个时候要对新罪进行审判，然后按照数罪并罚，会不会出现死刑立即执行的情况？不会。除非第二个罪被判死刑立即执行。

第十一节　监外执行

《刑事诉讼法》

第二百一十四条　对于被判处有期徒刑或者拘役的罪犯，有下列情形之一的，可以暂予监外执行：

（一）有严重疾病需要保外就医的；

（二）怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女。

对于适用保外就医可能有社会危险性的罪犯，或者自伤自残的罪犯，不得保外就医。

对于罪犯确有严重疾病，必须保外就医的，由省级人民政府指定的医院开具证明文件，依照法律规定的程序审批。发现被保外就医的罪犯不符合保外就医条件的，或者严重违反有关保外就医的规定的，应当及时收监。

对于被判处有期徒刑、拘役，生活不能自理，适用暂予监外执行不致危害社会的罪犯，可以暂予监外执行。

对于暂予监外执行的罪犯，由居住地公安机关执行，执行机关应当对其严格管理监督，基层组织或者罪犯的原所在单位协助进行监督。

监外执行，作为重点。首先我们要明确一下，哪些人适用监外执行？只有有期徒刑或者是拘役。这个要记，经常考。当然了，除了符合对刑罚的要求以外，它还必须要符合其他实质性的要件。第一个，有严重疾病需要保外就医，这个是由省级人民政府指定的医院出具证明。第二个，怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女。第三个，生活不能自理，适用暂予监外执行不致危害社会的。请问大家，某罪犯他被判有期徒刑3年，但是他在改造期间，拿着剪刀往自己的身上戳，自杀、自残，生活不能自理，适用不适用监外执行？不适用。自杀和自残不适用监外执行。这个具体的程序大家要注意一下。

第十二节　减刑和假释

《刑事诉讼法》

第二百二十一条　罪犯在服刑期间又犯罪的，或者发现了判决的时候所没有发现的罪行，由执行机关移送人民检察院处理。

被判处管制、拘役、有期徒刑或者无期徒刑的罪犯，在执行期间确有悔改或者立功表现，应当依法予以减刑、假释的时候，由执行机关提出建议书，报请人民法院审核裁定。

《刑诉法解释》

第三百六十二条　减刑、假释案件按照下列情形分别处理：

（一）对于被判处死刑缓期二年执行的罪犯的减刑，由罪犯服刑地的高级人民法院根据省、自治区、直辖市监狱管理机关审核同意的监狱减刑建议书裁定；

（二）对于被判处无期徒刑的罪犯的减刑、假释，由罪犯服刑地的高级人民法院根据省、自治区、直辖市监狱管理机关审核同意的监狱减刑、假释建议书裁定。高级人民法院应当自收到减刑、假释建议书之日起一个月内依法裁定；案情复杂或者情况特殊的，可以延长一个月；

（三）对于被判处有期徒刑（包括减为有期徒刑）的罪犯的减刑、假释，由罪犯服刑地的中级人民法院根据当地执行机关提出的减刑、假释建议书裁定。中级人民法院应当自收到减刑、假释建议书之日起一个月内依法裁定；案情复杂或者情况特殊的，可以延长一个月；

（四）对于被判处拘役的罪犯的减刑，由罪犯服刑地的中级人民法院根据当地同级执行机关提出的减刑建议书裁定；

（五）对于被判处管制的罪犯的减刑，由罪犯服刑地的中级人民法院根据当地同级执行机关提出的减刑建议书裁定；

（六）被宣告缓刑的罪犯，在缓刑考验期限内确有重大立功表现，需要予以减刑，并相应缩短缓刑考验期限的，应当由负责考察的公安派出所会同罪犯的所在单位或者基层组织提出书面意见，由罪犯所在地的中级人民法院根据当地同级执行机关提出的减刑、假释建议书裁定；

（七）对于公安机关看守所监管的罪犯的减刑、假释，由罪犯所在的看守所提出意见，由当地中级人民法院根据当地同级执行机关提出的减刑、假释建议书裁定。前款第（四）至（七）项规定的减刑、假释，人民法院应当自收到减刑、假释建议书之日起一个月内依法裁定。

第三百六十四条　人民法院审理减刑、假释案件，应当依法组成合议庭。



减刑、假释作为重点。减刑、假释是刑法当中的内容。那么请问大家，对哪些人可以适用减刑？除了死刑立即执行的，都可以减刑，减刑又分为两种情况，一个是死缓的减刑，一个是其他的。死缓是应当减刑。其他的是可以。那么假释的对象适用什么刑罚？死缓有没有假释？没有。大家注意了，假释的对象是无期徒刑和有期徒刑。减刑，不得少于原判刑罚的1/2。无期徒刑是10年。假释要执行刑罚多少年以后？也是1/2。关键是要了解这样一个程序，包括这个主体，减刑、假释的决定主体都是法院。关键是哪一级法院。我给大家总结一下。

死缓的减刑。死缓的性质是严重还是不严重？严重。无期徒刑是严重还是不严重？严重。大家注意了，死缓的减刑，因为死缓没有假释，死缓的减刑和无期徒刑的减刑或者是假释都是由哪一级法院做出来？省高级人民法院，它的程序是非常严格的。其他的减刑、假释，都是由哪一级？中级。问题出现了，这个高院是服刑地的高院，还是原审的高院？服刑地的中院还是原审的中院？都是服刑地。第三个，因为法院直接不直接参与这个罪犯改造？不直接。他知道不知道哪个改造得好？不知道。所以建议机关一般是执行机关。大家注意了，刑事诉讼案件我一再强调一个什么原则？同级原则。必须由同级的执行机关报送或者是建议，举个例子，某一个罪犯在甲地的监狱执行，有期徒刑3年，而服刑了1年半以后，这个人确有悔改表现，在这样的一种情况下，符合减刑的条件，这时候由哪一个法院来裁定？甲地的中级人民法院。举一个比较明显的，这个人被判处了死缓，判处死缓的这个人2年以后要减刑，这个时候减刑要由哪一级作决定？高级人民法院，哪个地的高级人民法院？服刑地的高级人民法院。但是高院直接不直接与这个罪犯打交道？不直接。哪个和罪犯打交道？监狱。但是监狱能不能直接把这个材料报到这个省高院去？不行，要遵循一个什么原则？同级原则。所以监狱这个时候怎么办？把这个建议报给哪一个？省监狱管理机关，再由这个省监狱管理机关报给省高院，它要遵循一个同级原则。再举个例子，管制，刚才讲了，管制是哪一个执行？公安机关执行，管制有没有减刑的情况？有。管制的减刑，它是由服刑地的哪一级？中级。中级法院给他减刑，哪个来报？肯定是公安机关来报。但是要遵循一个同级原则。所以这个县的公安机关能不能把减刑的建议报给市中院？不行。他要先报给市局，然后再报给市中院。法条上讲了很多，大家按我总结的这个来看。

还有一个小问题要弄清楚，就是说这个人从无期减为有期，刚才讲了，是由哪一个减？高院。请问大家，这个人从无期减为有期，能不能再由有期减为有期？减刑有没有次数的限制？没有，只有种类、刑期的限制。请问大家，这个人从无期减为有期，再从有期减为有期，由哪个减？这个时候是中院。稍微地注意一下，因为有的同学不是太了解。这是减刑、假释。

第十三节　执行的监督

《刑事诉讼法》

第二百二十二条　人民检察院认为人民法院减刑、假释的裁定不当，应当在收到裁

定书副本后二十日以内，向人民法院提出书面纠正意见。人民法院应当在收到纠正意见后一个月以内重新组成合议庭进行审理，作出最终裁定。

《最高检规则》

第四百二十四条 人民检察院认为暂予监外执行不当的，应当自接到通知之日起一个月内提出书面纠正意见呈报批准或者决定暂予监外执行机关的同级人民检察院送交批准或者决定暂予监外执行的机关。

第一个，人民法院在交付执行死刑之前，应当通知同级人民检察院。第二个，司法监督就不讲了。第三个，对监外执行的监督，这个大家要作为重点，对减刑假释的监督也是重点。批准暂予监外执行的机关，应当将批准的决定抄送给检察院进行监督。检察院认为暂予监外执行不当的，应当自接到通知之日起的 1 个月之内，将书面意见送交批准暂予监外执行的机关，批准暂予监外执行的机关在接到人民检察院的处理意见后，应当立即对该决定重新进行核查，往下面看，比较一下。人民检察院认为人民法院减刑、假释的裁定不当的，应当在收到裁定书副本后的 20 天，上限是 1 个月，向人民法院提出书面意见，都是书面的，口头的不行。人民法院应当在收到纠正意见后的 1 个月，重新组成合议庭，原来的合议庭人员要回避，而不能是独任庭，大家注意了，1 个月以内重新组成合议庭，作最后的裁定。



第二十章　未成年人刑事案件诉讼程序

第一节　特有原则

因为我们国家没有专门的未成年人诉讼程序，它融贯在前面的程序当中，我们稍微地看一下这些原则。教育为主，惩罚为辅，因为我们对未成年人的方针是什么？教育、感化和挽救，六字方针。如果成年人和未成年人，共同犯罪案件，这个应该分案处理。公开审理前面已经讲了，一个是一律，一个是一般。总之，特有原则有：教育为主、惩罚为辅原则；分案处理；不公开审理；及时、和缓原则。

第二节　程序特点

《中华人民共和国未成年人保护法》（修订）

第三十九条　任何组织或者个人不得披露未成年人的个人隐私。

第五十一条　未成年人的合法权益受到侵害，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当依法及时审理，并适应未成年人生理、心理特点和健康成长的需要，保障未成年人的合法权益。

在司法活动中对需要法律援助或者司法救助的未成年人，法律援助机构或者人民法院应当给予帮助，依法为其提供法律援助或者司法救助。

第五十四条　对违法犯罪的未成年人，实行教育、感化、挽救的方针，坚持教育为主、惩罚为辅的原则。

对违法犯罪的未成年人，应当依法从轻、减轻或者免除处罚。

第五十六条　公安机关、人民检察院讯问未成年犯罪嫌疑人，询问未成年证人、被害人，应当通知监护人到场。

公安机关、人民检察院、人民法院办理未成年人遭受性侵害的刑事案件，应当保护被害人的名誉。

第五十八条　对未成年人犯罪案件，新闻报道、影视节目、公开出版物、网络等不得披露该未成年人的姓名、住所、照片、图像以及可能推断出该未成年人的资料。

《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定》[1]

第十条 少年法庭受理案件的范围：

（一）被告人在实施被指控的犯罪时不满十八周岁的案件；

（二）被告人在实施被指控的犯罪时不满十八周岁，并被指控为首要分子或者主犯的共同犯罪案件。

其他共同犯罪案件有未成年被告人的，或者其他涉及未成年人的刑事案件是否由少年法庭审理，由人民法院院长根据少年法庭工作的实际情况决定。

第十一条 对在开庭审理时不满十六周岁的未成年人刑事案件，一律不公开审理。

对在开庭审理时不满十八周岁的未成年人刑事案件，一般也不公开审理。如果有必要公开审理的，必须经过本院院长批准，并且应限制旁听人数和范围。

第十二条 未成年人刑事案件的证人是未成年人的，除法律规定外，经人民法院准许，可以不出庭。

第十三条 未成年人刑事案件判决前，审判人员不得向外界披露该未成年人的姓名、住所、照片及可能推断出该未成年人的资料。

未成年人刑事案件的诉讼案卷材料，除依法查阅、摘抄、复制以外，未经本院院长批准，不得查询和摘录，并不得公开和传播。

第十四条 未成年被告人的法定代理人在诉讼中享有申请回避、辩护、发问、提出新的证据、要求重新鉴定或者勘验、提出上诉等诉讼权利。在未成年被告人最后陈述后，经审判长许可，法定代理人可以发表意见。

第十五条 人民法院应当依法保证未成年被告人获得辩护。

开庭审理时不满十八周岁的未成年被告人没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

在审判过程中，未成年被告人及其法定代理人可以拒绝辩护人为他辩护。

第二十条 开庭审理前，审判未成年人刑事案件的审判长认为有必要的，可以安排法定代理人或者其他成年近亲属、教师等人员与未成年被告人会见。

第二十四条 人民法院应当在辩护台靠近旁听区一侧为未成年被告人的法定代理人设置席位。

第二十五条 在法庭上不得对未成年被告人使用戒具。未成年被告人在法庭上可以坐着接受法庭调查、询问，在回答审判人员的提问、宣判时应当起立。

第二十六条 未成年被告人或者其法定代理人当庭拒绝委托的辩护人进行辩护，要求另行委托或者人民法院为其另行指定辩护人、辩护律师的，合议庭应当同意并宣布延期审理。

未成年被告人或者其法定代理人当庭拒绝由人民法院指定的辩护律师进行辩护，要求另行委托辩护人的，合议庭应当同意并宣布延期审理。未成年被告人或者其法定代理

---

[1] 《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定》，2000 年 11 月 15 日最高人民法院审判委员会第 1139 次会议通过，法释［2001］9 号。

人当庭拒绝人民法院指定的辩护律师为其辩护，如确有正当理由，合议庭应当同意并宣布延期审理，人民法院应当为未成年被告人另行指定辩护律师。

重新开庭后，未成年被告人或者其法定代理人再次当庭拒绝重新委托的辩护人或者由人民法院指定的辩护律师进行辩护的，一般不予准许。如果重新开庭时被告人已满十八周岁的，应当准许，但不得再行委托或者由人民法院再行指定辩护人、辩护律师。上述情况应当记录在卷。

第三十一条　对未成年人刑事案件宣告判决应当公开进行，但不得采取召开大会等形式。

第三十六条　适用简易程序审理的案件，应当通知未成年被告人的法定代理人、辩护人出庭。

注意一下，必须要查明犯罪嫌疑人、被告人准确的出生日期，如果查不清准确的出生日期，要作出有利于犯罪嫌疑人、被告人的判决。什么意思呢？现在不知道他成年还是未成年，但是能够明确，他至少是 17 岁以上。在这个时候怎么办？只能按照未成年人来处理。由专门的机构、办案人员来办理，这是一个笼统的规定，未成年享有的诉讼权利我们在前面已经点到了，这个地方就不讲了。

附：2007年司法考试刑事诉讼法真题及解析[1]

一、单项选择题，每题所给的选项中只有一个正确答案。每题1分。

21. 最高人民法院《关于人民法院合议庭工作的若干规定》规定，合议庭组成人员确定后，除因回避或者其他特殊情况不能继续参加案件审理外，不得在案件审理过程中更换。这一规定体现的是下列哪一项审判原则？

A. 公开审判原则　　B. 言词审理原则

C. 集中审理原则　　D. 辩论原则

22. 张某以侮辱罪对王某提起自诉。一审中，经调解双方达成协议。但在送达调解书时，张某反悔，拒绝签收。关于本案，下列哪一选项是正确的？

A. 调解协议一经达成，即发生法律效力

B. 调解书经审判人员和书记员署名，并加盖法院印章后，即发生法律效力

C. 无论当事人是否签收，调解书一经送达，即发生法律效力

D. 本案中调解书并未生效，人民法院应当进行判决

23. 某市中级人民法院对张三（21岁）被控强奸一案进行了公开审理，判处张三死刑立即执行。张三认为量刑过重，提出上诉。二审法院的哪种做法是正确的？

A. 应当公开开庭审理　　B. 可以不开庭审理

C. 应当裁定撤销原判、发回重审　　D. 应当提审

24. 公安机关勘验杀人现场时，提取了插在被害人胸部上的一把匕首。从证据分类的角度看，该匕首属于下列哪种分类？

A. 原始证据、直接证据　　B. 传来证据、间接证据

C. 实物证据、直接证据　　D. 原始证据、间接证据

25. 法院对公诉案件进行审查后，应当根据不同情况作出处理。据此，下列哪一选项是正确的？

A. 对于不属于本院管辖的，应当通知检察院撤回起诉

B. 对于被告人不在案的，应当决定退回检察院

C. 法院裁定准许撤诉的案件，没有新的事实、证据，检察院重新起诉的，应当裁定驳回起诉

D. 法院作出了证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决的案件，检察院依据新的事实、证据材料重新起诉的，法院应当根据禁止重复追诉原则不予受理

26. 在杨某被控故意杀人案的审理中，公诉人出示了死者女儿高某（小学生，9岁）的证言。高某证称，杨某系其表哥，案发当晚，她看到杨某举刀杀害其父。下列哪一选项是正确的？

---

[1] 以下为2007年司法考试卷二及卷四刑事诉讼法真题及解析。题目序号与原卷一致。



A. 因高某年幼，其证言不能作为证据出示

B. 因高某对所证事实具有辨别能力，其证言可以作为证据出示

C. 高某必须到庭作证，否则其证言不能作为证据出示

D. 高某与案件有利害关系，其证言不可以作为定案的根据

27. 张某因盗窃被判处有期徒刑 5 年，在交付执行前，突患严重疾病，需保外就医。有权决定张某暂予监外执行的是哪一个机关？

A. 省监狱管理机关　　B. 负责交付执行的公安机关

C. 负责监所监督的检察院　　D. 作出生效判决的法院

28. 在审判阶段，法院认为被告人某甲有毁灭证据的可能，遂决定逮捕某甲。关于该案逮捕程序，下列哪一选项是正确的？

A. 法院可以自行执行逮捕

B. 异地执行逮捕的，可以由当地公安机关负责执行

C. 执行逮捕后，应当由法院负责对某甲进行讯问

D. 执行逮捕后，应当由公安机关负责通知被逮捕人的家属或所在单位

29. 关于适用简易程序审理刑事案件，下列哪一选项是正确的？

A. 被告人可以不出庭

B. 可以由人民陪审员独任审判

C. 检察院可以派员出庭，也可以不派员出庭

D. 可以不受刑事诉讼法关于听取被告人最后陈述规定的限制

30. 张某因涉嫌放火罪被批准逮捕。公安机关在侦查过程中，发现张某另有抢劫罪的重大嫌疑，决定依照刑事诉讼法的规定重新计算羁押期限。关于重新计算羁押期限，下列哪一选项是正确的？

A. 报同级检察院批准　　B. 报同级检察院备案

C. 报上一级公安机关批准　　D. 报上一级公安机关备案

31. 在一起受贿案件的侦查过程中，侦查人员获悉，犯罪嫌疑人接受财物时，他家的保姆赵某曾经在场，遂决定对赵某进行调查。本案中，办案机关的下列哪种做法是错误的？

A. 到赵某的住处进行询问　　B. 到赵某所属的家政公司进行询问

C. 通知赵某到检察机关提供证言　　D. 通知赵某到公安机关提供证言

32. 某检察院对陈某、姚某共同诈骗一案审查起诉时，陈某潜逃。下列哪一选项是正确的？

A. 应当中止对陈某、姚某的审查起诉

B. 可以对陈某中止审查起诉，对姚某继续审查起诉

C. 应当将案件中陈某的部分退回公安机关处理，对姚某继续审查起诉

D. 应当将全案退回公安机关，待抓获陈某后再继续审查起诉

33. 某市中级人民法院判处被告人死缓。被告人没有上诉，检察机关没有抗诉。该案经省高级人民法院核准后，被害人不服，提出申诉。如果提起审判监督程序，下列哪一选项是正确的？

A. 由市人民检察院提出抗诉

B. 由省人民检察院提起审判监督程序

C. 由市中级人民法院院长提交本院审判委员会处理

D. 由省高级人民法院院长提交本院审判委员会处理

34. 庭审过程中，被告人赵某指出，公诉人的书记员李某曾在侦查阶段担任鉴定人，并据此要求李某回避。对于赵某的回避申请，下列哪一选项是正确的?

A. 法庭应以不属于法定回避情形为由当庭驳回

B. 法庭应以符合法庭回避情形为由当庭作出回避决定

C. 李某应否回避需提交法院院长决定

D. 李某应否回避需提交检察院检察长决定

35. 辛某到县公安机关报案称其被陈某强奸，公安机关传讯了陈某，陈某称他与辛某是恋爱关系。公安机关遂作出不立案决定，并向辛某送达了不立案通知书。辛某对不立案决定不服而采取的哪一项措施不符合法律规定?

A. 向该公安机关申请复议　　B. 要求县检察院撤销该不立案决定

C. 请求该县检察院进行立案监督　　D. 向该县法院提起自诉

36. 检察院以涉嫌诈骗罪对某甲提起公诉。经法庭审理，法院认定，某甲的行为属于刑法规定的“将代为保管的他人财物非法占为己有并拒不退还”的侵占行为。对于本案，检察院拒不撤回起诉时，法院的哪种处理方法是正确的?

A. 裁定驳回起诉　　B. 裁定终止审理

C. 径行作出无罪判决　　D. 以侵占罪作出有罪判决

37. 甲、乙涉嫌共同抢夺。经审理，一审法院判处甲有期徒刑3年、乙有期徒刑2年。检察院以对甲量刑过轻为由提起抗诉。甲、乙均没有上诉。关于本案二审程序，下列哪一选项是正确的?

A. 二审法院仅就甲的量刑问题进行审查

B. 二审法院可以不开庭审理

C. 乙应当参加法庭调查

D. 如果改判，二审法院可以加重乙的刑罚

38. 甲涉嫌故意杀人被提起公诉，可能判处死刑。关于本案诉讼程序，下列哪一选项是正确的?

A. 可以依据《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见》审理本案

B. 上级法院可以指定基层法院审理本案

C. 合议庭可以由审判员组成，也可以由审判员和人民陪审员组成

D. 某甲拒绝法院指定辩护人为其辩护，坚持自行辩护，法庭应当准许

二、多项选择题，每题所给的选项中有两个或两个以上正确答案，少答或多答均不得分。每题2分。

66. 关于律师担任刑事案件被告人的辩护人，下列哪些选项是正确的?

A. 辩护人不是被告人的代言人

B. 辩护人应当维护被告人的合法权益

C. 辩护人须按照被告人的要求作无罪辩护

D. 辩护人有权独立发表辩护意见

67. 某市法院审理被告人赵某故意伤害案，为其指定了辩护律师。庭审中，赵某拒绝辩护律师为其辩护，合议庭的下列哪些做法是正确的？

A. 赵某要求另行委托辩护人时，应当同意，并宣布延期审理

B. 赵某要求另行指定辩护律师时，应当同意，并宣布延期审理

C. 赵某要求另行指定辩护律师时，不应当同意，并宣布继续审理

D. 赵某另行委托辩护人的，自宣布延期审理之日起至第十日止，准备辩护时间不计入审限

68. 在侦查中，下列哪些情形，检察院有权对犯罪嫌疑人决定拘留？

A. 张某刑讯逼供案，在场的人指认他犯罪

B. 姚某徇私枉法案，在取保候审期间企图自杀

C. 王某贪污案，在取保候审期间毁灭证据并串供

D. 高某受贿案，在其家中发现赃款、赃物

69. 关于法院审理附带民事诉讼案件，下列哪些选项是正确的？

A. 犯罪分子非法处置被害人财产而使其遭受物质损失的，被害人可以提起附带民事诉讼

B. 因财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，被害人可以提起附带民事诉讼

C. 依法判决后，查明被告人确实没有财产可供执行的，应当裁定中止或者终结执行

D. 被告人已经赔偿被害人物质损失的，法院可以作为量刑情节予以考虑

70. 关于人民陪审员，下列哪些选项是正确的？

A. 各级法院审判第一审刑事案件，均可吸收人民陪审员作为合议庭成员参与审判

B. 一审刑事案件被告人有权申请由人民陪审员参加合议庭审判

C. 执业律师不得担任人民陪审员

D. 高级人民法院审判案件依法应当由人民陪审员参加合议庭审判的，在其所在城市的中级人民法院的人民陪审员名单中随机抽取

71. 关于补充侦查，下列哪些选项是正确的？

A. 检察院审查公安机关报请批准逮捕的案件，发现证据不足的，可以决定退回补充侦查

B. 检察院在审查起诉时，认为事实不清、证据不足的，可以退回公安机关补充侦查

C. 法院对提起公诉的案件进行审查后，对主要事实不清、证据不足的，可退回检察院补充侦查

D. 合议庭在案件审理过程中，发现被告人可能有自首、立功等法定量刑情节，而起诉和移送的证据材料中没有这方面的证据材料的，应当建议检察院补充侦查

72. 关于刑事诉讼中查封、扣押、冻结在案财物的处理，下列哪些选项是正确的？

A. 张三盗窃李四电视机一台，公安机关在侦查过程中将电视机发还李四

B. 王五被控贩卖毒品，作为证据使用的海洛因应当随案移送当庭出示质证

C. 马六被控受贿金条若干，未随案移送，判决生效后，根据法院通知该金条由查封、扣押的检察机关上缴国库

D. 牛七涉嫌受贿罪，在侦查期间自杀身亡，检察机关应当通知金融机构将冻结的牛七的存款、汇款上缴国库

73. 检察院办理死刑上诉、抗诉案件，应当在开庭前对案卷材料进行全面审查，并进行相关工作。依照有关规定，下列哪些工作是应当进行的？

A. 应当讯问被告人，听取被告人的上诉理由或者辩解

B. 根据案件情况，必要时应当听取辩护人的意见

C. 对鉴定结论有疑问的，可以重新鉴定或者补充鉴定

D. 有被害人的，必须听取被害人的意见

74. 最高人民法院复核死刑案件时，裁定不予核准，发回重审的案件，应当如何处理？

A. 既可以发回二审法院重新审判，也可以发回一审法院重新审判

B. 发回二审法院重新审判的案件，除法律另有规定外，二审法院可以不经开庭直接改判

C. 发回一审法院重新审判的案件，一审法院应当开庭审理

D. 最高人民法院复核后认为原判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判的案件，重新审判的法院应当另行组成合议庭进行审理

75. 检察院在审查起诉未成年人刑事案件时，应当进行下列哪些活动？

A. 应当听取辩护人的意见

B. 应当听取未成年被害人的意见

C. 应当听取未成年被害人的法定代理人的意见

D. 在押的未成年犯罪嫌疑人有认罪、悔罪表现的，检察人员可以安排其与法定代理人、近亲属等会见、通话

76. 下列哪些人是承担控诉职能的诉讼参与人？

A. 公诉人　　B. 自诉人

C. 被害人　　D. 控方证人

77. 侦查人员怀疑已批捕的甲患有精神病，拟对其进行鉴定。关于对甲进行鉴定一事，下列哪些程序是正确的？

A. 应当由省级医院进行

B. 精神病鉴定结论应加盖医院公章

C. 精神病鉴定的时间计人办案期限

D. 作为证据的精神病鉴定结论，告知犯罪嫌疑人和被害人

78. 被取保候审人高某在取保候审期间涉嫌重新犯罪，被公安机关立案侦查。关于保证金的处理，下列哪些选项是错误的？

A. 由正在审查起诉的检察院暂扣其交纳的保证金

B. 由取保候审的执行机关暂扣其交纳的保证金

C. 由正在审查起诉的检察院没收其交纳的保证金

D. 由取保候审的执行机关没收其交纳的保证金

79. 甲因积怨将乙打成重伤，致乙丧失劳动能力。本案中，哪些人有权为乙委托诉讼代理人?

A. 乙的母亲　　B. 乙的祖父

C. 乙本人　　D. 乙的好友丙

三、不定项选择题，每题所给的选项中有一个或一个以上正确答案，不答、少答或多答均不得分。每题 2 分。

甲乙丙三人实施信用证诈骗。侦查过程中，某地级市公安机关向该市检察院提请批准逮捕甲、乙、丙三人。其中，甲系省、市两级人民代表大会代表；乙系自由职业者；丙系无国籍人士。在审查批捕过程中，检察院查明：乙已怀有两个月身孕。请回答 98～100 题。

98. 在人民代表大会闭会期间，检察机关决定对甲批准逮捕。下列选项正确的是：

A. 只需报请省人民代表大会常务委员会许可

B. 应当在市人大常委会许可后，再报省人大常委会许可

C. 应当分别报请省市两级人民代表大会常务委员会许可

D. 等待人大常委会许可期间，应当先取保候审

99. 关于检察院对乙审查批捕，下列选项正确的是：

A. 可以对乙作出批准逮捕的决定

B. 可以直接建议公安机关对乙取保候审

C. 对证据有疑问的，可以决定另行侦查

D. 认为需要补充侦查的，应当作出不批准逮捕的决定，同时通知公安机关

100. 关于检察院对丙审查批捕，下列选项正确的是：

A. 市检察院认为不需要逮捕的，可以自行作出决定

B. 市检察院认为需要逮捕的，报省检察院审查

C. 省检察院征求同级政府外事部门的意见后，决定批准逮捕

D. 省检察院批准逮捕的，应同时报最高人民检察院备案

卷四案例分析题：

三、（本题 20 分）

案情：被告人甲、乙共同将被害人丙杀害。一审程序中，在公诉人对被告人甲、乙同时进行讯问后，经审判长许可丙的父亲丁以附带民事诉讼原告的身份，就犯罪及财产损失事实向甲、乙发问。丙所居住社区的物业管理人员戊旁听了案件审理，并应控方要求就丙的被害情况向法庭作证，先后回答了辩护人、公诉人及审判长的发问。庭审中合议庭对戊的证言及其他证据发现疑问，遂宣布休庭，就被害人死亡时间及原因进一步调查核实。法庭调查中，公诉人发现被告人乙尚有遗漏的犯罪事实，当庭提出要求撤回起

诉，法庭审查后作出同意撤回起诉的决定。重新起诉后，甲、乙分别被判处死刑并赔偿原告损失10万元。宣判后乙提出上诉，二审法院仅就乙的犯罪部分进行了审查，认为原判决认定事实和适用法律正确、量刑适当，维持了原判，并上报最高人民法院核准。

问题：

请指出以上案例中在程序方面的不当之处，并简要分析原因。

答案及解析

一、单项选择题

21.【答案】C

【考点】集中审理原则

【解析】集中审理原则，又称不间断审理原则，是指法院开庭审理案件，应当在不更换审判人员的条件下连续进行，不得中断审理的诉讼原则。该题可以用排除法选择出答案：首先排除A，因为公开审判原则是指人民法院审理案件和宣告判决都必须公开进行，本题显然和公开审判没有关系；其次，排除B，因为言词审理原则强调的是法庭对案件的审理，对证据的调查采取言辞陈述的方式进行；最后，可以排除D，因为辩论原则强调的是控辩双方的对抗。所以，只有C集中审理原则强调的是不间断地审判，提高诉讼效率，而这也是合议庭成员不得在案件审理过程中更换的理论基础。

【评论】本题考查的集中审理原则是刑事诉讼考试中少有的理论考查题，由于《刑事诉讼法》没有对集中审理原则进行明文规定，某些理论基础薄弱的考生容易将其与其他审判原则相混淆。

22.【答案】D

【考点】调解书的生效

【解析】根据最高人民法院《关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》第200条规定："调解应当在自愿、合法，不损害国家、集体和其他公民利益的前提下进行。调解达成协议的，人民法院应当制作刑事自诉案件调解书，由审判人员和书记员署名，并加盖人民法院印章。调解书经双方当事人签收后即发生法律效力。调解没有达成协议或者调解书签收前当事人反悔的，人民法院应当进行判决。"可见，一审自诉案件调解书的生效问题民事诉讼和刑事诉讼都是一致的，即签收时生效。故A、B、C项均不正确，D项为应选项。

【评论】本题不算难，注意调解没有达成协议或者调解书签收前当事人反悔的，人民法院应当进行判决。

23.【答案】C

【考点】不公开审理、二审对违反法定程序的处理

【解析】《最高人民法院、最高人民检察院关于死刑第二审案件开庭审理程序若干问题的规定（试行）》第1条："第二审人民法院审理第一审判处死刑立即执行的被告人上诉、人民检察院抗诉的案件，应当依照法律和有关规定开庭审理。"由此看来，A项似乎是正确的，但是法条的表述是"应当开庭审理"，而非"应当公开开庭审理"，那么本案是否应当公开审理呢？依据《刑事诉讼法》第152条第1款的规定，人民法



院审理第一审案件应当公开进行。但是有关国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理。本题案件性质是强奸，属于涉及个人隐私的案件，因此，不应当公开审理，所以，AB错误。不应当公开审理的案件本案的一审法院却进行了“公开审理”，依据《刑事诉讼法》第191条：“第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判：（一）违反本法有关公开审判的规定的；（二）违反回避制度的；（三）剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的；（四）审判组织的组成不合法的；（五）其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。”可见这种做法就属于《刑事诉讼法》第191条所规定的违反法定程序的情形之一，应当裁定撤销原判，发回重审，因此C项正确。

【评论】虽然06年刚考过公开审判原则，但是由于命题方面的原因07年再考的可能性很大。因此，该题的考查也在意料之中。当然这个题目综合考查了公开审判原则和程序法定原则，就要求考生在做题时一定要细心，认真审题，全面考虑问题。

24.【答案】D

【考点】证据的分类

【解析】本题考查证据的分类，属于理论考查题。考生可以根据“所有的物证都是间接证据”的原则来判断。另外，匕首直接来源于案件事实，是原始证据。因此，D项正确。

【评论】简单，但是证据的分类属于常考点之一，考生要熟练掌握。

25.【答案】B

【考点】公诉案件庭前审查后的处理

【解析】根据最高人民法院《关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》第117条的规定：“案件经审查后，应当根据不同情况分别处理：（一）对于不属于本院管辖或者被告人不在案的，应当决定退回人民检察院；（二）对于不符合本解释第一百一十六条第（二）至（九）项规定之一，需要补送材料的，应当通知人民检察院在三日内补送；（三）对于根据刑事诉讼法第一百六十二条第3项规定宣告被告人无罪，人民检察院依据新的事实、证据材料重新起诉的，人民法院应当依法受理；（四）依照本解释第一百七十七条规定，人民法院裁定准许人民检察院撤诉的案件，没有新的事实、证据，人民检察院重新起诉的，人民法院不予受理；（五）对于符合刑事诉讼法第十五条第（二）至（六）项规定的情形的，应当裁定终止审理或者决定不予受理；（六）对于被告人真实身份不明，但符合刑事诉讼法第一百二十八条第二款规定的，人民法院应当依法受理。”据此，对于A项，应当决定退回人民检察院；对于C项，人民法院应当不予受理；对于D项，人民法院应当依法受理。因此只有B项正确。

【评论】本题在考查方式采用的是直接考单一法条，比较简单。

26.【答案】B

【考点】与证人相关的知识点

【解析】根据《刑事诉讼法》第48条：“凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证

人。”因此，年幼并不必然导致证人的不适格，只要能辨别是非、能正确表达，是可以作为证人的，所以A错误，B项正确。关于C项，因为证人是未成年人，属于最高人民法院《关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》第141条的情况：“证人应当出庭作证。符合下列情形，经人民法院准许的，证人可以不出庭作证：（一）未成年人；（二）庭审期间身患严重疾病或者行动极为不便的；（三）其证言对案件的审判不起直接决定作用的；（四）有其他原因的。”因此C项错误。由于证人具有不可替代性，因此不适用回避的规定，所以，该证言不能因为有利害关系而排除，故D错误。

【评论】本题难度不大。作为单选题，也可以利用选择题的做题技巧来缩小考虑范围，得到答案。在单项选择题中，一旦出现一对内容互相对立的选项，则正确选项往往由这两个对立选项中产生。本题A、B选项内容对立，答案就从A、B中产生。

27.【答案】D

【考点】暂予监外执行的决定机关

【解析】在不同阶段暂予监外执行中的决定机关有两个，一个是人民法院，它可以在宣判时决定是否暂予监外执行；另一个是省级监狱管理部门，在执行过程中有权批准。根据最高人民法院《关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》第353条：“被判处有期徒刑或者拘役的罪犯，有刑事诉讼法第二百一十四条第一、五款规定的情形之一，人民法院决定暂予监外执行的，应当制作《暂予监外执行决定书》，载明罪犯基本情况、判决确定的罪名和刑罚、决定暂予监外执行的原因、依据等内容，并抄送人民检察院和罪犯居住地的公安机关。”本题中题目所给的阶段是“交付执行前”，所以这时有权机关只能是法院，故D正确。

【评论】本题考查角度较偏，一般都是考查暂予监外执行的适用条件，对于决定机关考查还是第一次，可见对于常见考点的较偏角度的考查考生也要加强重视。

28.【答案】C

【考点】审判阶段的逮捕程序

【解析】根据最高人民法院《关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》第78条：“人民法院作出逮捕决定后，应当将逮捕决定书送交公安机关执行。将被告人逮捕后，人民法院应当将逮捕的原因和羁押的处所，在二十四小时内通知被逮捕人的家属或者其所在单位；确实无法通知的，应当将原因记录在卷。”所以，A、D不选；第79条：“对人民法院决定逮捕的被告人，审判人员必须在逮捕后的二十四小时内进行讯问。如果发现不应当逮捕的，应当报经院长批准后，变更强制措施或者立即释放。立即释放的，应当发给释放证明。”所以，C是正确答案；《刑事诉讼法》第62条：“公安机关在异地执行拘留、逮捕的时候，应当通知被拘留、逮捕人所在地的公安机关，被拘留、逮捕人所在地的公安机关应当予以配合。”注意，异地执行逮捕的，当地的公安机关只是协助执行，负责执行的仍是法院所在地的公安机关，因此B项错误。

【评论】本题目综合性比较强，有一定难度，对于逮捕的程序考生可以记忆“谁决定谁讯问，谁讯问谁通知”的口诀。

29.【答案】C

【考点】简易程序的审理特点

【解析】我国刑事诉讼中没有缺席审判制度，不要与民事诉讼中的缺席审判相混淆，因此，A项错误。独任审判员必须由审判员担任，不能是陪审员，所以B项错误。最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》第6条规定："适用简易程序审理公诉案件，除人民检察院监督公安机关立案侦查的案件，以及其他人民检察院认为有必要派员出庭的案件外，人民检察院可以不派员出庭。"所以，C是正确答案。《刑事诉讼法》第177条规定："适用简易程序审理案件，不受本章第一节关于讯问被告人、询问证人、鉴定人、出示证据、法庭辩论程序规定的限制。但在判决宣告前应当听取被告人的最后陈述意见。"最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》第7条第3款规定："被告人有最后陈述的权利。"因此D项错误。

【评论】属于比较简单的题目。

30.【答案】B

【考点】侦查中羁押期限重新计算的处理

【解析】《六机关规定》第32条：根据刑事诉讼法第一百二十八条的规定，公安机关在侦查期间，发现犯罪嫌疑人另有重要罪行，重新计算侦查羁押期限的，由公安机关决定，不再经人民检察院批准。但须报人民检察院备案，人民检察院可以进行监督。所以，本题选B。

【评论】本题简单，与1998年卷二的36题基本雷同。

31.【答案】D

【考点】立案管辖范围、询问证人的地点

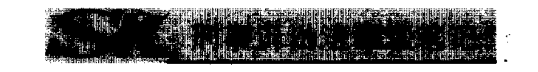
【解析】根据《刑事诉讼法》第97条第1款规定："侦查人员询问证人，可以到证人的所在单位或者住处进行，但是必须出示人民检察院或者公安机关的证明文件。在必要的时候，也可以通知证人到人民检察院或者公安机关提供证言。"《六机关规定》第17条也规定：刑事诉讼法第九十七条规定："侦查人员询问证人，可以到证人的所在单位或者住处进行"，在必要的时候，也可以通知证人到人民检察院或者公安机关提供证言。侦查人员询问证人，应当依照刑事诉讼法第九十七条的规定进行，不得另行指定其他地点。另外，还要弄清楚本案的侦查机关，这一点往往是考生容易忽略的。本案是一起受贿案件，由人民检察院负责侦查，公安机关不是办案机关，因此，询问证人的地点只能在住处、单位和检察院之间选择，不能通知证人到公安机关提供证言，因此A、B、C三个地点均可，由于本题要求选择错误项，故应选D项。

【评论】本题难度适中，询问证人的地点属于常规重点。

32.【答案】B

【考点】在共同犯罪案件中部分犯罪嫌疑人逃跑的审查起诉程序

【解析】在共同犯罪中，部分犯罪嫌疑人逃跑的，对逃跑的中止审查，没逃跑的继续审查。《人民检察院刑事诉讼规则》第273条规定："在审查起诉过程中犯罪嫌疑人潜逃或者患有精神病及其他严重疾病不能接受讯问，丧失诉讼行为能力的，人民检察院可以中止审查。共同犯罪中的部分犯罪嫌疑人潜逃的，对潜逃犯罪嫌疑人可以中止审查；对其他犯罪嫌疑人的审查起诉应当照常进行。中止审查应当由办案人员提出意见，



部门负责人审核，报请检察长决定。需要撤销中止审查决定的，参照前款规定办理。”

【评论】本题难度适中，准确记忆《人民检察院刑事诉讼规则》第273条规定即可。需要指出的是，本题的题干部分不是很严谨，将“审查起诉时”改成“审查起诉过程中”就没有漏洞了。

33.【答案】D

【考点】提起审判监督程序的主体、死缓判决的生效

【解析】根据《刑事诉讼法》第205条规定：“各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现在认定事实上或者在适用法律上确有错误，必须提交审判委员会处理。最高人民法院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，有权提审或者指令下级人民法院再审。最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，有权按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。人民检察院抗诉的案件，接受抗诉的人民法院应当组成合议庭重新审理，对于原判决事实不清楚或者证据不足的，可以指令下级人民法院再审。”可见，对于一个生效裁判能够启动审判监督程序的主体在法律上是明确的，做题的关键是判断作出生效裁判的法院。对于死缓案件生效裁判最低由省高院作出，所以一般只有省高院、最高院和最高检有权启动审判监督程序，故只有D项正确。

【评论】本题难在死缓经高院复核后才生效，但是本题与2006年卷二第76题雷同，若是好好研究06年真题，本题很容易做对。

34.【答案】D

【考点】回避的决定主体和理由

【解析】对于回避的理由，《刑事诉讼法》第28条规定：“审判人员、检察人员、侦查人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人及其法定代理人也有权要求他们回避：(一）是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；（二）本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；（三）担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的；（四）与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。”据此，本题符合法定的回避情形，A项错误。刑事诉讼法中回避的决定主体比较简单，它遵循的原则是法院的人员(包括其聘请的)，院长决定；检察院的人员，检察长决定；侦查机关的人员，侦查机关负责人决定；首长回避的，委员会决定。根据《刑诉法解释》第30条规定：“当事人及其法定代理人对出庭的检察人员、书记员提出回避申请的，人民法院应当通知指派该检察人员出庭的人民检察院，由该院检察长或者检察委员会决定。”又据《人民检察院刑事诉讼规则》第31条的规定：“本规则关于回避的规定，适用于书记员、司法警察和人民检察院聘请或者指派的翻译人员、鉴定人。”本题中回避的人员是公诉人的书记员，因此D项正确。

【评论】本题难度适中，需要注意的是，既不能把本题理解成是鉴定人的回避，又不能一看书记员就以为是法院的书记员，所以，审题是很重要的。

35.【答案】B

【考点】被害人对公安机关不立案的救济程序

【解析】根据《刑事诉讼法》第86条规定："人民法院、人民检察院或者公安机关对于报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案，并且将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服，可以申请复议。"辛某既是本案的被害人又是报案人，所以有复议权，因此A项合法。《刑事诉讼法》第87条规定："人民检察院认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的，或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查，向人民检察院提出的，人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。"可见，如果人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立，应当通知公安机关立案，而不是B项所说的"县检察院撤销该不立案决定"所以，B项不合法，C项合法。《刑事诉讼法》第170条规定："自诉案件包括下列案件：（一）告诉才处理的案件；（二）被害人有证据证明的轻微刑事案件；（三）被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。"因此，辛某可以拿着不立案通知书，向法院提起自诉，故D项合法。

【评论】本题难度适中，不立案的救济是常规考点。

36. 【答案】B

【考点】法定不追究刑事责任的情形

【解析】根据《刑事诉讼法》第15条第（4）项的规定："有下列情形之一的，不追究刑事责任，已经追究的，应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪：（一）情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；（二）犯罪已过追诉时效期限的；（三）经特赦令免除刑罚的；（四）依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；（五）犯罪嫌疑人、被告人死亡的；（六）其他法律规定免予追究刑事责任的。"本题中的侵占罪属于刑法规定的告诉才处理的犯罪，而本案中没有告诉，因此D项是错误的。由于本案发生在审判阶段，经法庭审理认定某甲的行为属于侵占行为，其并非无罪，因此，法院不能作出无罪判决，而应当裁定终止审理，故B项正确。

【评论】本题具有迷惑性，不容易选对。

37. 【答案】C

【考点】第二审程序

【解析】本题综合考察了二审程序中的全面审查原则、审理方式、上诉不加刑原则和法庭审理程序。本题可以用排除法。A项违反了全面审查原则，D项违反了上诉不加刑原则；而本案是检察院抗诉的，所以应当开庭审理，所以B项错误，从而只能选C。对于C项，考生一般比较生疏，根据《刑诉法解释》第256条规定："共同犯罪案件，没有提出上诉的和没有对其判决提出抗诉的第一审被告人，应当参加法庭调查，并可以参加法庭辩论。"因此，对于二审中没有上诉也没有被抗诉的被告人的权利，是"应当调查，可以辩论"，故选C。

【评论】本题难度适中，注意是“应当调查，可以辩论”。

38. 【答案】C

【考点】可能被判处死刑案件的审理程序

【解析】死刑案件属于不适用《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见》审理的七种案件之一，所以，A 项错误。可能判处死刑的案件，从级别管辖上讲最低应由中级人民法院进行第一审审理，基层法院不能审理本案，所以，B 项错误。可能被判处死刑的被告人拒绝辩护的，有特别规定即根据《刑诉解释》第 38 条规定：“被告人坚持自己行使辩护权，拒绝人民法院指定的辩护人为其辩护的，人民法院应当准许，并记录在案；被告人具有本解释第三十六条规定情形之一，拒绝人民法院指定的辩护人为其辩护，有正当理由的，人民法院应当准许，但被告人需另行委托辩护人，或者人民法院应当为其另行指定辩护人。”本案中甲可能判处死刑，法院不能准许其拒绝辩护人后自行辩护，必须要有辩护人。因此 D 项错误。所以，选 C。

【评论】本题较难，侧重考查考生对重点知识的融合，体现了命题的灵活性，是一种新型的考查方式，需要考生对所有与死刑案件相关知识进行系统掌握和归纳记忆，比较可能被判处死刑案件与普通刑事案件诉讼程序的不同，才能选出正确答案。

二、多项选择题，每题所给的选项中有两个或两个以上正确答案，少答或多答均不得分。

66. 【答案】ABD

【考点】辩护人在刑事诉讼中的地位和职责

【解析】根据《刑事诉讼法》第 35 条的规定：辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。因此，刑事诉讼辩护人是独立的诉讼参与人，是犯罪嫌疑人、被告人合法权益的专门维护者，以自己的名义独立的发表辩护意见。据此，A 项、B 项、D 项的观点正确。辩护人没有必须按照被告人要求做无罪辩护的义务，因此，C 错误。

【评论】本题难度适中。

67. 【答案】AD

【考点】辩护人权利中的拒绝辩护权

【解析】根据《刑诉法解释》第 165 条规定：被告人当庭拒绝辩护人为其辩护，要求另行委托辩护人的，应当同意，并宣布延期审理。被告人要求人民法院另行指定辩护律师，合议庭同意的，应当宣布延期审理。重新开庭后，被告人再次当庭拒绝重新委托的辩护人或者人民法院指定的辩护律师为其辩护的，合议庭应当分别情形作出处理：(一）被告人是成年人的，可以准许。但被告人不得再另行委托辩护人，人民法院也不再另行指定辩护律师，被告人可以自行辩护；（二）被告人具有本解释第三十六条规定情形之一的，不予准许。依照本解释第一百六十四条、本条第一、二款规定另行委托、指定辩护人或者辩护律师的，自案件宣布延期审理之日起至第十日止，准备辩护时间不计入审限。据此，AD 正确。B、C 项的错误之处在于，法律的规定是“要求另行指定辩护时，合议庭同意的，应当宣布延期审理”，可见合议庭可以同意，也可以不同意，



因此，“应当同意”和“不应当同意”的说法都是错误的。

【评论】本题难度适中，拒绝辩护权属于常规考点。注意：“要求另行委托辩护人”和“要求人民法院另行指定辩护律师”两种要求的不同处理方式。对于前者合议庭应当同意，并宣布延期审理；对于后者，合议庭则可以视情况决定，可以同意，也可以不同意。

68. 【答案】BC

【考点】检察院的拘留决定权的行使

【解析】根据《刑事诉讼法》第61条的规定，公安机关拘留权的行使条件有：公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子，如果有下列情形之一的，可以先行拘留：（一）正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；（二）被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的；（三）在身边或者住处发现有犯罪证据的；（四）犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；（五）有毁灭、伪造证据或者串供可能的；（六）不讲真实姓名、住址，身份不明的；（七）有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。又根据《刑事诉讼法》第132条规定的检察院拘留权的行使条件：人民检察院直接受理的案件中符合本法第六十条、第六十一条第四项、第五项规定情形，需要逮捕、拘留犯罪嫌疑人的，由人民检察院作出决定，由公安机关执行。因此，检察院行使拘留权的条件可以归纳为“对人”（犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的）和“对物”（有毁灭、伪造证据或者串供可能的）两种情形，所以，正确答案为BC。

【评论】本题难度适中，检察院拘留权的行使条件属于常规考点。

69. 【答案】BCD

【考点】附带民事诉讼的范围、执行和赔偿问题

【解析】《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第1条第1款规定：“因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，可以提起附带民事诉讼。”第3条规定：“人民法院审理附带民事诉讼案件，依法判决后，查明被告人确实没有财产可供执行的，应当裁定中止或者终结执行。”第4条规定：“被告人已经赔偿被害人物质损失的，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。”因此BCD三项正确。A项具有一定的迷惑性，注意刑事附带民事诉讼中的物质损失必须是由于被告人的犯罪行为本身造成的，根据《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第5条规定：“犯罪分子非法占有、处置被害人财产而使其遭受物质损失的，人民法院应当依法予以追缴或者责令退赔。被追缴、退赔的情况，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。经过追缴或者退赔仍不能弥补损失，被害人向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼的，人民法院可以受理。”可见，犯罪分子非法处置被害人财产而使其遭受物质损失的，人民法院应当依法予以追缴或者责令退赔。经过追缴或者退赔仍不能弥补损失的，被害人可以向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼，但是，被害人不能就此提起附带民事诉讼。因此，A项错误。

【评论】本题较难，综合考查了附带民事诉讼的范围、执行和赔偿问题。

70. 【答案】ABC

【考点】人民陪审员制度

【解析】根据《刑事诉讼法》第147条第1、2款规定："基层人民法院、中级人民法院审判第一审案件，应当由审判员三人或者由审判员和人民陪审员共三人组成合议庭进行，但是基层人民法院适用简易程序的案件可以由审判员一人独任审判。高级人民法院、最高人民法院审判第一审案件，应当由审判员三人至七人或者由审判员和人民陪审员共三人至七人组成合议庭进行。"因此，A项说法正确。《全国人民代表大会常务委员会关于完善人民陪审员制度的决定》第2条规定："人民法院审判下列第一审案件，由人民陪审员和法官组成合议庭进行，适用简易程序审理的案件和法律另有规定的案件除外：（一）社会影响较大的刑事、民事、行政案件；（二）刑事案件被告人、民事案件原告或者被告、行政案件原告申请由人民陪审员参加合议庭审判的案件。"因此B项正确。第5条规定："人民代表大会常务委员会的组成人员，人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、司法行政机关的工作人员和执业律师等人员，不得担任人民陪审员。"因此C项正确。第14条规定："基层人民法院审判案件依法应当由人民陪审员参加合议庭审判的，应当在人民陪审员名单中随机抽取确定。中级人民法院、高级人民法院审判案件依法应当由人民陪审员参加合议庭审判的，在其所在城市的基层人民法院的人民陪审员名单中随机抽取确定。"可见，人民陪审员名册只有基层法院有，中院是没有自己的陪审员名单的，因此D项错误。

【评论】本题较难，综合考查了人民陪审员的有关知识点，尤其是陪审员的资格。

71.【答案】BD

【考点】补充侦查

【解析】根据《六机关规定》第27条规定："人民检察院审查公安机关提请批准逮捕的案件，应当作出批准或者不批准逮捕的决定，对报请批准逮捕的案件不另行侦查。"因此，批捕阶段已经没有了补充侦查，所以A项错误。《刑事诉讼法》第140第2款规定："人民检察院审查案件，对于需要补充侦查的，可以退回公安机关补充侦查，也可以自行侦查。"B项正确。1996年刑事诉讼法修改后，法院无权将案件依职权退回检察院补充侦查，C项错误。根据《刑诉法解释》第159条规定："合议庭在案件审理过程中，发现被告人可能有自首、立功等法定量刑情节，而起诉和移送的证据材料中没有这方面的证据材料的，应当建议人民检察院补充侦查。"D项正确。所以，正确答案是BD。

【评论】本题难度适中，考查补充侦查属于常规考点。

72.【答案】AC

【考点】对查封、扣押、冻结在案财物的处理

【解析】根据《刑事诉讼法》第198条规定："公安机关、人民检察院和人民法院对于扣押、冻结犯罪嫌疑人、被告人的财物及其孳息，应当妥善保管，以供核查。任何单位和个人不得挪用或者自行处理。对被害人的合法财产，应当及时返还。对违禁品或者不宜长期保存的物品，应当依照国家有关规定处理。对作为证据使用的实物应当随案移送，对不宜移送的，应当将其清单、照片或者其他证明文件随案移送。人民法院作出的判决生效以后，对被扣押、冻结的赃款赃物及其孳息，除依法返还被害人的以外，一律没收，上缴国库。司法工作人员贪污、挪用或者私自处理被扣押、冻结的赃款赃物及

其孳息的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，给予处分。”因此A项正确。

根据《刑诉法解释》第291条规定：“下列不宜移送的实物，人民法院受理案件时，应当审查是否附有相关证据材料；需要鉴定（包括估价）的，应当附有鉴定结论：（一）大宗的、不便搬运的物品，由扣押机关开列清单，并附原物照片和封存手续，注明存放地点；（二）易腐烂、霉变和不易保管的物品，扣押机关变卖处理后，随案移送原物照片、清单、变价处理的凭证（复印件）；（三）违禁品、枪支弹药、易燃易爆物品、剧毒物品以及其他危险品，扣押机关依照国家有关规定处理后，随案移送原物照片和清单。对于查封、扣押的货币、有价证券等依法不移送的，人民法院受理案件时，应当审查是否附有原物照片、清单或者其他证明文件。”B项中的海洛因属于违禁品，依法不移送原物，因此B项错误。

根据《六机关规定》第48条规定：“对于赃款赃物，除依法返还被害人的财物以及依法销毁的违禁品外，必须一律上缴国库。任何单位和个人都不得挪用或者私自处理。关于赃款赃物的处理，应当按照刑事诉讼法第一百九十八条的规定执行，并应当根据不同情况作以下处理：（一）对作为证据使用的实物，应当依法随案移送。对不宜移送的，应当将其清单、照片或者其他证明文件随案移送，不得以未移送赃款赃物为由，拒绝受理案件。（二）侦查机关冻结在金融机构的赃款，应当向人民法院随案移送该金融机构出具的证明文件，待人民法院作出生效判决后，由人民法院通知该金融机构上缴国库，该金融机构应当向人民法院送交执行回单。（三）查封、扣押的赃款赃物，对依法不移送的，应当随案移送证据清单、照片或者其他证明文件，待人民法院作出生效判决后，由人民法院通知查封、扣押机关上缴国库，查封、扣押机关应当向人民法院送交执行回单。”因此C项正确。

依据《刑诉法解释》第294条规定：“对于人民法院扣押、冻结的赃款、赃物及其孳息，人民法院作出的判决生效后，由原审人民法院依照生效的法律文书进行处理。除依法返还被害人的以外，应当一律没收，上缴国库。法律另有规定的除外。对人民检察院、公安机关因犯罪嫌疑人死亡，申请人民法院裁定通知冻结犯罪嫌疑人存款、汇款等的金融机构，将该犯罪嫌疑人的存款、汇款等上缴国库或者返还被害人的案件，人民法院应当经过阅卷、审查有关证据材料后作出裁定。”因此，对于D项中的情形，人民法院应当进行审查，视情况而定，如经查明确与案件无关，应当在3日以内解除冻结，而不能由检察机关应当金融机构将冻结的牛七的存款、汇款上缴国库，所以，D项错误。

【评论】本题考查的刑事诉讼中对涉案财物的处理，对这个知识点的考查在历年的考试中是少见的。本题属于今年刑事诉讼中失分较多的题目。

73.【答案】ABC

【考点】检察机关在死刑二审案件中的工作

【解析】根据《最高人民法院、最高人民检察院关于死刑第二审案件开庭审理程序若干问题的规定（试行）》第8条的规定：“人民检察院办理死刑上诉、抗诉案件，应当在开庭前对案卷材料进行全面审查，重点围绕抗诉或者上诉的理由，审查第一审判决认定案件事实、适用法律是否正确，证据是否确实、充分，量刑是否适当，审判活动是否合法，并进行下列工作：（一）应当讯问被告人，听取被告人的上诉理由或者辩解；



（二）必要时听取辩护人的意见；（三）核查主要证据，必要时询问证人；（四）对鉴定结论有疑问的，可以重新鉴定或者补充鉴定；（五）根据案件情况，可以听取被害人的意见。”所以，答案是 ABC。

【评论】本题较难，属于考试中的冷门。但是也是对于新增法条的直接考查，因此，考生对新增法条要引起足够重视。

74.【答案】ABC

【考点】死刑复核中，“不予核准，发回重审”案件的处理

【解析】根据《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》第 4 条的规定：“最高人民法院复核后认为原判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判。”第 8 条第 1 款规定：“最高人民法院裁定不予核准死刑的，根据案件具体情形可以发回第二审人民法院或者第一审人民法院重新审判。”第 9 条规定：“发回第二审人民法院重新审判的案件，第二审人民法院可以直接改判；必须通过开庭审理查清事实、核实证据的，或者必须通过开庭审理纠正原审程序违法的，应当开庭审理。”第 10 条规定：“发回第一审人民法院重新审判的案件，第一审人民法院应当开庭审理。”因此 ABC 三项正确。第 11 条的规定：“依照本规定第三条、第五条、第六条、第七条发回重新审判的案件，原审人民法院应当另行组成合议庭进行审理。”可见，对于 D 项的情形，确实应当“裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判”，但是，原审法院不需要另行组成合议庭进行审理，D 项错误。

【评论】本题难度适中，是对新增法条的直接考查，是我们强调的考试重点，不难作出选择。

75.【答案】ABCD

【考点】未成年人刑事案件的审查起诉程序

【解析】根据《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第 16 条第 4 款的规定：“审查起诉未成年犯罪嫌疑人，应当听取其父母或者其他法定代理人、辩护人、未成年被害人及其法定代理人的意见。可以结合社会调查，通过学校、社区、家庭等有关组织和人员，了解未成年犯罪嫌疑人的成长经历、家庭环境、个性特点、社会活动等情况，为办案提供参考。”第 18 条规定：“移送审查起诉的案件具备以下条件的，检察人员可以安排在押的未成年犯罪嫌疑人与其法定代理人、近亲属等进行会见、通话：（一）案件事实已基本查清，主要证据确实、充分，安排会见、通话不会影响诉讼活动正常进行；（二）未成年犯罪嫌疑人有认罪、悔罪表现，或者虽尚未认罪、悔罪，但通过会见、通话有可能促使其转化，或者通过会见、通话有利于社会、家庭稳定；（三）未成年犯罪嫌疑人的法定代理人、近亲属对其犯罪原因、社会危害性以及后果有一定的认识，并能配合公安司法机关进行教育。”因此，ABCD 都正确。

【评论】未成年人的相关知识点是新修改的，所以也是我们一直强调的考查点。比较特殊的是，本题是以检察院为切入点进行考查。其依据是 2007 年 1 月新发布实施的《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》，体现了考查的及时性、新颖性。

76.【答案】BC

【考点】承担控诉职能的诉讼参与人

【解析】控诉职能的承担者有：公诉人；被害人及其法定代理人、诉讼代理人；自诉人及其法定代理人、诉讼代理人。证人自是诉讼的辅助人，既没有控诉职能也没有辩护职能，所以，先排除 D。又根据《刑事诉讼法》第 82 条第（4）项的规定，“诉讼参与人”是指当事人、法定代理人、诉讼代理人、辩护人、证人、鉴定人和翻译人员。结合本题要求选的是诉讼参与人，所以排除 A 公诉人，它是专门机关的人。这个题目的要点在于审题的仔细，关注落脚点是诉讼参与人。

【评论】本题考查的承担控诉职能的诉讼参与人，属于理论题的考核范围。本题具有一定的迷惑性，貌似简单，也是今年刑事诉讼中少有的容易出错的题目之一。

77.【答案】BD

【考点】精神病鉴定

【解析】根据《刑事诉讼法》第 120 条第 2 款的规定：“对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定或者对精神病的医学鉴定，由省级人民政府指定的医院进行。鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并且由鉴定人签名，医院加盖公章。”因此，B 项正确，A 项说法错误，注意不是“省级医院”，而是“省级人民政府指定的医院”。依据《刑事诉讼法》第 121 条的规定：“侦查机关应当将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请，可以补充鉴定或者重新鉴定。”所以，D 项正确。又根据《刑事诉讼法》第 122 条的规定：“对犯罪嫌疑人作精神病鉴定的期间不计入办案期限。”因此，C 项错误。

【评论】本题难度适中，精神病的鉴定问题是司法考试中历来要求掌握的传统知识点。

78.【答案】ACD

【考点】取保候审期间重新犯罪时保证金的处理

【解析】根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部《关于取保候审若干问题的规定》第 12 条的规定：“被取保候审人没有违反刑事诉讼法第五十六条的规定，但在取保候审期间涉嫌重新犯罪被司法机关立案侦查的，执行机关应当暂扣其交纳的保证金，待人民法院判决生效后，决定是否没收保证金。对故意重新犯罪的，应当没收保证金；对过失重新犯罪或者不构成犯罪的，应当退还保证金。”所以，重新犯罪的，保证金的处理分两步走：先由执行机关暂扣，然后区别新犯罪的主观方面进行没收或退还。本题中，只给了一个重新犯罪的条件，并没有说明新犯的罪是故意还是过失，所以只能是执行机关暂扣，不能得出没收还是退还的结论，所以 ACD 是错误的。

【评论】本题较难，注意区分保证金的暂扣与没收适用的前提条件是不同的。

79.【答案】AC

【考点】诉讼代理人、法定代理人

【解析】根据《刑事诉讼法》第 40 条第 1 款规定：“公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，自案件移送审查起诉之日起，有权委托诉讼代理人。自诉案件的自诉人及其法定代理人，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，有权随时委托诉讼代理人。”又根据《刑事诉讼法》第 82 条的规定，本法下列用语的含意是：……（二）“当事人”是指被害人、自诉人、犯罪嫌疑人、被

告人、附带民事诉讼的原告人和被告人；（三）“法定代理人”是指被代理人的父母、养父母、监护人和负有保护责任的机关、团体的代表；……（五）“诉讼代理人”是指公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属、自诉案件的自诉人及其法定代理人委托代为参加诉讼的人和附带民事诉讼的当事人及其法定代理人委托代为参加诉讼的人；（六）“近亲属”是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姊妹。本案中，乙是刑事公诉案件的被害人，所以其本人、法定代理人和近亲属有权委托诉讼代理人，而乙的母亲是乙的近亲属，有权为乙委托诉讼代理人；注意乙的祖父不是近亲属，无权为乙委托诉讼代理人；当然乙的好友更不是乙的近亲属，更无权为乙委托诉讼代理人。所以，选 AC。

【评论】本题难度适中，注意三大诉讼法近亲属范围的不同。

三、不定项选择题，每题所给的选项中有一个或一个以上正确答案，不答、少答或多答均不得分。

98.【答案】C

【考点】对人大代表的审查批捕程序

【解析】根据《人民检察院刑事诉讼规则》第 93 条的规定：“人民检察院对担任本级人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，应当报请本级人民代表大会主席团或者常务委员会许可。对担任上级人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，应当层报该代表所属的人民代表大会同级的人民检察院报请许可。对担任下级人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，可以直接报请该代表所属的人民代表大会主席团或者常务委员会许可，也可以委托该代表所属的人民代表大会同级的人民检察院报请许可；对担任乡、民族乡、镇的人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，由县级人民检察院报告乡、民族乡、镇的人民代表大会。对担任两级以上的人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，分别依照本条第一、二、三款的规定报请许可。”因此，C 正确。另外，有些考生对 D 项拿不准，该项的错误之处在于“应当先取保候审”，法律上没有这个规定，取保候审不是逮捕的必经程序。

【评论】本题是偏难的。综合考查对于担任两级以上的人民代表大会代表的犯罪嫌疑人该如何批准或决定逮捕，考生需准确掌握《人民检察院刑事诉讼规则》第 93 条的规定。

99.【答案】AD

【考点】补充侦查

【解析】根据《六机关规定》第 27 条的规定：“人民检察院审查公安机关提请批准逮捕的案件，应当作出批准或者不批准逮捕的决定，对报请批准逮捕的案件不另行侦查。”可见，该规定取消了《刑事诉讼法》第 68 条规定的审查批捕阶段的补充侦查。因此，BC 错误，A 正确。又根据《人民检察院刑事诉讼规则》第 101 条的规定：“对公安机关提请批准逮捕的犯罪嫌疑人，具有本规则第八十九条或者第九十条规定情形，人民检察院作出不批准逮捕决定的，应当说明理由，连同案卷材料送达公安机关执行。需要补充侦查的，应当同时通知公安机关。”所以，D 项正确。

【评论】本题难度适中，和第 71 题一样考查补充侦查，属于常规考点。

100.【答案】ABCD

【考点】对无国籍人的审查批捕程序

【解析】根据《人民检察院刑事诉讼规则》第94条第2款规定："外国人、无国籍人涉嫌危害国家安全犯罪的案件或者涉及国与国之间政治、外交关系的案件以及在适用法律上确有疑难的案件，需要逮捕犯罪嫌疑人的，由分、州、市人民检察院审查并提出意见，层报最高人民检察院审查。最高人民检察院经征求外交部的意见后，决定批准逮捕。经审查认为不需要逮捕的，可以直接作出不批准逮捕的决定。外国人、无国籍人涉嫌本条第一款规定以外的其他犯罪的案件，由分、州、市人民检察院审查并提出意见，报省级人民检察院审查。省级人民检察院经征求同级政府外事部门的意见后，决定批准逮捕，同时报最高人民检察院备案。经审查认为不需要逮捕的，可以直接作出不批准逮捕的决定。"因此，ABCD是正确答案。

【评论】本题较难，但是与2006年真题卷二第31题都是考查《人民检察院刑事诉讼规则》第94条的规定，只是2006年真题卷二第31题考查该条第1款的规定，本题考该条第2款的规定，需注意这两种不同情况下适用不同的审批程序。因此，若是仔细分析06年真题，该题不难做对。

卷四案例分析题：

三、【答案】

1. 公诉人对被告人甲、乙同时讯问违反了分别进行讯问的原则。

2. 附带民事诉讼原告不能就有关犯罪事实向被告人发问。

3. 戊作为证人不能旁听案件的审理。

4. 戊作为控方证人，控辩双方向其发问的顺序错误，应当先由要求传唤的一方进行发问。

5. 公诉人在庭审中发现有漏罪的只能追加起诉，不能撤回起诉。变更、追加、撤回起诉应当报经检察长或检察委员会决定，并以书面方式向人民法院提出，公诉人不能当庭迳行决定。

6. 法院对检察机关撤回起诉的要求应以裁定而不能以决定的方式作出。

7. 审理部分被告人上诉的案件，应当对全案进行审查，包括甲、乙罪刑及附带民事诉讼部分的审查。

【考点】一审、二审中的程序错误

【解析】

1.《刑诉法解释》第134条规定："对于共同犯罪案件中的被告人，应当分别进行讯问。"

2.《刑诉法解释》第133条规定："在审判长主持下，公诉人可以就起诉书中指控的犯罪事实讯问被告人；被害人及其诉讼代理人经审判长准许，可以就公诉人讯问的情况进行补充性发问；附带民事诉讼的原告人及其法定代理人或者诉讼代理人经审判长准许，可以就附带民事诉讼部分的事实向被告人发问，附带民事诉讼原告只能就附带民事部分发问，不能就有关犯罪事实向被告人发问。"



3. 根据《刑诉法解释》第149条第2款规定，证人、鉴定人不得旁听对本案的审理，所以，戊作为证人不能旁听案件。

4. 根据《刑诉法解释》第143条的规定，向证人发问，应当先由提请传唤的一方进行；发问完毕后，对方经审判长准许，也可以发问。也就是要交叉询问。

5. 依据《人民检察院刑事诉讼规则》第351条的规定："在人民法院宣告判决前，人民检察院发现被告人的真实身份或者犯罪事实与起诉书中叙述的身份或者指控犯罪事实不符的，可以要求变更起诉；发现遗漏的同案犯罪嫌疑人或者罪行可以一并起诉和审理的，可以要求追加起诉；发现不存在犯罪事实、犯罪事实并非被告人所为或者不应当追究被告人刑事责任的，可以要求撤回起诉。"和第353条的规定："变更、追加或者撤回起诉应当报经检察长或者检察委员会决定，并以书面方式在人民法院宣告判决前向人民法院提出。"

6. 根据《刑诉法解释》第177条的规定："在宣告判决前，人民检察院要求撤回起诉的，人民法院应当审查人民检察院撤回起诉的理由，并作出是否准许的裁定。"

7. 依据《刑诉法解释》第246条的规定："第二审人民法院应当就第一审判决、裁定认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉或者抗诉范围的限制。"

【评论】本题是一道程序挑错题，第四卷刑事诉讼用这种考核方式是比较常规的考法。本题综合考查了第一审程序和第二审程序中的全面审查原则。考查了考生对刑事诉讼程序的整体把握和细节理解。做这种题目的基本方法是将题目从头到尾通读，分析每一句话中可能出现的点。因此，考生必须仔细审题，将所学知识点融会贯通，避免遗漏问题。